

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

BRENO HONORATO NASCIMENTO

**AÇÃO POPULAR E DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL
RELIGIOSO AFRO-BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA
2011**

BRENO HONORATO NASCIMENTO

**AÇÃO POPULAR E DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL
RELIGIOSO AFRO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como pré-requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito pela Universidade
Federal da Paraíba.

Área: Direito Processual Coletivo.

Orientador: Prof. Dc. Fábio Bezerra dos Santos

JOÃO PESSOA
2011

N244a Nascimento, Breno Honorato

Ação popular e defesa do patrimônio cultural religioso afro brasileiro/Breno Honorato Nascimento. – João Pessoa, 2010.

70f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Centro de Ciências Jurídicas, 2010.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Bezerra dos Santos.

1. Ação popular. 2. Patrimônio cultural. 3. Direitos transindividuais.
4. Tutela coletiva. I Título.

CDU – 347.9

BRENO HONORATO NASCIMENTO

**AÇÃO POPULAR E DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL
RELIGIOSO AFRO-BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dc. Fábio Bezerra dos Santos

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

JOÃO PESSOA
2011

Dedicado a todos e todas que possuem
como ideal a construção de uma
sociedade plural, digna e justa.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela inalcançável e incansável fidelidade; Nossa Senhora da Penha, Santo Antônio, São Miguel pela interseção e proteção diárias.

Ao povo que me pertence e ao mesmo tempo sou pertencido afetivamente desde o início de minha existência, juntamente com os que me vêm sendo agregados com o decorrer dela.

À família: Creusa Honorato Cantalice, Francisco Lindenberg Nascimento, Suely Honorato Cantalice, Pablo, Rachel e Marcela e a mim, se for possível. Aos tios, tias, primos, primas, afilhado, e demais familiares do cotidiano. A todos os familiares do passado pela inegável contribuição e investimento humano que se postergam pela história. Aos familiares do futuro, pela certeza de continuação em uma luta que não acaba por um mundo melhor.

Ao Mulambo Acústico pela inegável lição que tem dado de resistência e luta na afirmação de uma identidade popular musical em forma de poesia e pela sede coletiva de informação, sem a qual não haveria este presente escrito.

A todos os amigos e amigas que intervieram musicalmente comigo, seja no Mulambo Acústico (Chico Berg, Pablo, Murilo, Gigante, entre outros) ou nos batuques da vida, a exemplo do Alabê Alujá, Pérola Negra, Quebra-quilos...

Fábio Bezerra, meu orientador e amigo, pessoa de grande apreço, formidável elemento de difusão de informação, advogado realmente militante.

A Gilmara, Paulo, Iolanda e Matheus pelo seletivo privilégio da amizade e companhia nesses cinco anos de rebeldia. Heloisa, Diego, Alecsander, Mauricio e demais amigos da turma de direito.

Ao professor Edward pela dedicação efetiva em favor da melhora do ensino jurídico.

Aos que professam a fé popular africana, como ato de resistência que o é.

JOAO DO PULO

Pulou o Brasil do tri
Pulou e tremeu de dor
Ao ver o pulo do gato cortado
Cortada a perna de luz, cortada
A claridade no raio de Xangô
Fechou o Brasil do tri
Tristetritrovejou
De dor o povo pulou pra frente
Semente sangue do herói, sente
Ô, pula João! Ô Kawô, Xangô!
João como um João qualquer
João de sangue Afro-Tupi
De príncipe a escravo a preto fôrrô
De operário a novamente herói do morro
Aprendeu a resistir
Na favela
A tribo passa uma fome de cachorro
É um osso duro de roer
Mas toda resistência corre em meu socorro
Valoriza herói, todo sangue derramado Afro-Tupi
Combate, Malê ! Dá três pulos ai, Saci!
Se atira no espaço por nós, Zumbi!
Joga a chiba João no mar que te ampliou!
Ah, olha o raio de luz: Kawô Xangô!
Nosso povo infeliz também pulou.
(Aldir Blanc e João Bosco)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objeto o estudo da incidência da Lei da Ação Popular, juntamente com outros diplomas normativos atinentes ao processo coletivo, diante das inúmeras situações de intolerância religiosa presenciadas recorrentemente na sociedade brasileira. Historicamente se tem uma disparidade social de elevada importância resultante de uma realidade escravista, o que por sua vez fez com que a cultura decorrente da matriz africana fosse continuamente segregada, assim como também é a relegada pelos índios. No atinente ao aspecto religioso, essa negativização do negro trouxe consigo inúmeras ocorrências de perseguições aos terreiros onde se manifestam o candomblé e a umbanda, além das outras subdivisões da religiosidade afro-brasileira. Por ser tratado de maneira especial pela Constituição Federal, onde se percebe o interesse de tutela, o patrimônio material e imaterial da sociedade brasileira necessita de instrumentos processuais coletivos onde reste assegurada a efetiva defesa jurídica. Nesse ínterim despontam as ações coletivas enquanto microssistema jurídico-processual que atuam na construção de uma salvaguarda do patrimônio cultural religioso. Assim a própria Ação Popular consiste em possibilidade de tutela do patrimônio cultural religioso, haja vista o expresse desejo do constituinte nesse sentido.

Palavras-chave: Ação Popular. Patrimônio cultural. Direitos transindividuais. Tutela coletiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ESCRAVIDÃO, PATRIMÔNIO CULTURAL, E RELIGIOSIDADE AFRO-BRASILEIRA	13
1.1 Apontamentos históricos de uma vulnerabilidade.....	13
1.2 Notas sobre Patrimônio Cultural Afro-Brasileiro e suas evoluções	23
1.3 Considerações sobre a religiosidade afro-brasileira	33
2 AÇÃO POPULAR INSERIDA NA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	38
2.1 Evolução da tutela jurisdicional coletiva: do processo civil clássico ao microssistema processual de tutela coletiva	38
2.2 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e Patrimônio Cultural Religioso	43
2.3 A Ação Popular e seus aspectos processuais relevantes	48
3 EFETIVIDADE DA AÇÃO POPULAR EM DEFESA DO PATRIMÔNIO AFRO-DESCENDENTE.....	55
3.1 O Patrimônio Cultural Afro-descendente enquanto direito difuso	55
3.2 A plena adequação da Ação Popular para a defesa do Patrimônio Cultural Religioso Afro-descendente	57
3.3 Breve estudo da jurisprudência acerca da temática da Ação Popular	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

A ficção científica possui uma subdivisão literária denominada de história alternativa que consiste propositura de nova realidade fictícia futura ou presente baseada na ocorrência ou inoccorrência de fatos históricos diversos dos quais se efetivaram na realidade humana com o decorrer do tempo.

Nesse ramo instigante de produção artístico-literária, já despontou uma proposta fictícia brilhante onde foram investigadas as possíveis implicações históricas com a eventualidade da vitória do quilombo dos Palmares na sua busca por construir no território nacional um país independente. Comparando-se à realidade atual, esse país tenderia a ser mais tolerante e justo que o Brasil atual, haja vista o suposto passado de conquistas libertárias do país-quilombo e a repulsa gerada ao modelo social excludente do Brasil oficial em relação aos não brancos, perdedores no processo histórico.

Outra não é a utopia dos escritos presentes, pois surge no meio acadêmico a possibilidade de se propor à atuação jurisdicional do Estado a Ação Popular em defesa do patrimônio religioso de matriz africana, visando-se a tolerância em relação às manifestações religiosas mais distintas, formadoras da diversidade brasileira, levando-se em consideração a dívida histórica com os negros pelos anos de trabalho forçado e as violências que se lhe seguiram.

Assim, questiona-se: o aspecto agressivo da religiosidade dominante na sociedade branca em relação às práticas religiosas dos povos perdedores e injustiçados diante do processo histórico relegaria algum prejuízo à cultura e à identidade nacionais? A Carta Constitucional, dotada de valores incontroversos como o combate às desigualdades e o favorecimento à auto-afirmação dos povos, se posiciona frente a essa problemática? Há algum mecanismo cedido pela nova processualística que possua o condão de obstar as corriqueiras afrontas no campo do patrimônio religioso?

São pontos de reflexão que instigaram a elaboração da presente pesquisa acadêmica e que se mostram de fundamental importância na tomada de posição por parte dos operadores do direito na efetivação da função deste ramo social, ou seja, a composição dos conflitos de interesses e valores presentes na sociedade.

As manifestações religiosas de origem africanas, assim como as religiões que se valem de alguns aspectos destas para compor e mesclar com outros ramos

do sagrado sua própria fé, despontam no olhar de fundamentalistas cristãos e da própria concepção popular ideologicamente européia como algo ligado ao mal, por ser um campo sob domínio do outro ou por ser algo atrasado ou sem importância.

Como se verá adiante, esse desvalor possui lugar certo na História, ou seja, não surgiu por criação espontânea relegada ao acaso, ao contrario foi algo sistematicamente criado, imposto e defendido por pessoas e instituições.

Essa desvalorização segregacionista em alguns momentos é travestida de oficialidade estatal quando perpetradas por servidores públicos no desempenho de suas funções, a exemplos das batidas policiais aos terreiros de candomblé, mais comuns quando a fé africana era ilegal, mas ainda hoje vista em várias situações.

Os grandes meios de comunicação também não são imunes ao tratamento desigual conferido aos cultos em questão, pois é corriqueiro que esses meios sociais de difusão de informação vinculem a umbanda e o candomblé às práticas malignas, uma vez que esses meios citados são reflexos de uma sociedade excludente e pertencem a uma elite que historicamente professa a fé dominante.

Diante dessa problemática o artigo 5º da atual Constituição, em seu inciso LXXIII, firma o desejo de se extirpar toda e qualquer atuação que lesione o patrimônio cultural, elegendo a Ação Popular enquanto meio de se salvaguardar valores como a liberdade de culto e a auto-determinação dos povos.

Por possuir uma legitimidade ativa ampla, a presente ação se mostra *a priori* bastante acessível à população necessitada da prestação jurisdicional do Estado, o que por sua vez não ocorre da mesma forma com a Ação Civil Pública, disciplinada pela Lei 7347/85.

Dessa forma, o presente trabalho segue pontuando em seu capítulo inicial a vulnerabilidade histórica do povo negro como mecanismo produtor de assimetrias sociais, além de desvalorização e perseguições religiosas, frutos do ranço escravocrata. Incluem-se nesse momento apontamentos acerca da concepção de cultura e patrimônio cultural, de forma que obteve-se uma clara diferenciação acerca das modalidades de patrimônio cultural material e imaterial, em voga na literatura especializada. O capítulo 1 conta também com considerações sobre as manifestações religiosas da matriz africana, em específico a umbanda e o candomblé, enquanto incidências desse patrimônio nacional relegado pela herança histórica que cerca a realidade brasileira.

Em seguida o segundo capítulo cuida de apresentar as alterações

perpetradas pelas novas dinâmicas sociais ao processo civil, com sensíveis implicações na Ação Popular, além das considerações acadêmicas necessárias a um amplo entendimento sobre o microssistema de processo coletivo. O capítulo 2 possui também o escopo de demonstrar a importância do patrimônio cultural para o arcabouço jurídico de titularidade coletiva, tendo-se em conta ser essa matriz patrimonial verdadeiro direito transindividual.

Finalmente, o trabalho apresenta em seu terceiro capítulo como solução acadêmica frente ao quadro de intolerância e discriminação à fé afro-descendente a tutela estatal jurisdicional que lança mão aos mecanismos judiciais existentes. Assim, apresenta-se a plena aceitação da Ação Popular em estudo como mecanismo processual de tutela ao patrimônio cultural religioso, em conformidade ao preceito esboçado pelo artigo 5º, inciso LXVIII.

A presente pesquisa foi elaborada com a devida colaboração do método dedutivo o método dedutivo, uma vez que a pesquisa jurídica parte de conceitos básicos exemplificados pelos termos cultura e religiosidade, pretendendo alcançar situações de tutela judicial efetiva de um patrimônio imaterial. A metodologia dogmático-jurídica foi importante para se estabelecer um liame entre direito material e o processo coletivo referente ao patrimônio cultural dentro do viés dado pelo ordenamento jurídico.

Não se pretendeu a utilização cega da dogmática jurídica enquanto método de observância do texto legal dotado de verdade definitiva, e sim sua utilização amparada pelo viés crítico caracterizador do método dialético. Finalmente, ressalta-se a prática do estudo das jurisprudências dos Tribunais Superiores como forma de se averiguar como o Poder Judiciário tem encarado os temas que cercam a temática da tutela ao patrimônio cultural enquanto bem jurídico coletivo.

1 ESCRAVIDÃO, PATRIMÔNIO CULTURAL, E RELIGIOSIDADE AFRO-BRASILEIRA

1.2 Apontamentos históricos de uma vulnerabilidade

O traço da violência perpetrada sistematicamente no âmbito do capitalismo comercial pela escravidão institucionalizada resultou em uma desmedida desigualdade entre os grupos sociais formadores da sociedade brasileira. Isto se comprova historicamente ao se conceber a escravidão como um fator contínuo de exclusão dos negros ao acesso aos bens socialmente relevantes, a exemplo da propriedade da terra, da educação e da própria liberdade pessoal, negada por quase quatro séculos de desumanidade, fatores de exclusão tais que ainda não foram rechaçados após a libertação formal dos afro-brasileiros de 1888, apesar das lutas individuais e coletivas elencadas no cotidiano existencial.

A análise do processo histórico da escravidão enquanto elemento ensejador de injustiças através de inúmeras violências torna imprescindível o estudo das condições a que eram expostos os negros quando de seu ingresso no sistema escravista, pois somente assim será possível a compreensão da real necessidade de uma intervenção estatal tendente a aparar arestas desigualizantes perpetradas no seio da cultura religiosa.

Segundo Suely Robles Reis de Queiroz¹, o surgimento do escravismo no Novo Mundo aponta como caractere específico desse padrão de trabalho uma contradição fundamental, qual seja o abandono por parte da Europa Ocidental de sua utilização nos seus quadros laborais de produção e sua larga aceitação institucional nas colônias européias por ensejo da acumulação de riquezas e a afirmação do capitalismo comercial.

Diferentemente do ocorrido na antiguidade, a escravização nesse período não decorre da finalidade militarista de aprisionamento dos guerreiros inimigos, ao contrário, visa o incremento da produção de bens e, por conseqüência a vitória dos empreendimentos europeus no que tange aos lucros. Assim, notável é o contra-

¹ QUEIROZ, Suely Robles Reis de. **Escravidão negra no brasil**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990, p.25.

senso de se impor o escravismo a uma realidade externa quando na sua própria realidade ele já é impossível por haver uma irretornável tendência à aceitação ao trabalho assalariado como forma de se alcançar a produção econômica.

Tem-se nesse período histórico a finalidade acumulativa de lucro intimamente relacionada ao desenvolvimento do comércio, tal sistemática econômica necessitava de cada vez maior produção mercadológica, assim incumbiu-se às colônias o fornecimento da matéria-prima, sendo a cana-de-açúcar no primeiro momento, ponto crucial na troca comercial realizada pelo Brasil no âmbito do pacto colonial. Dessa perceptível e palpável necessidade de produção despontou a escravidão negra como elemento de sensível contribuição ao acúmulo de capital que iria, no decorrer do processo histórico, facilitar ou condicionar a Revolução Industrial a ser *a posteriori* realizada na Europa.

Do que fora explicitado pelos parágrafos precedentes tem-se como síntese a afirmação de que o discurso capitalista europeu efetivou uma apropriação dos bens produzidos pelas colônias americanas e o papel do escravo negro nessa complexidade foi formidável, pois deu subsídio à acumulação de capital. Assim, o aparente paradoxo entre a escravidão colonial e o trabalho assalariado na metrópole, no dizer de Suely de Queiroz², constituem faces da mesma moeda, uma vez que “enquanto a acumulação de capital estimula na Europa as condições para o surgimento da indústria que pressupõe o trabalhador livre e assalariado, a necessidade de acumulação impõe o trabalho compulsório na América”.

Ao chegar às terras coloniais, os africanos eram batizados como cristãos, recebiam um nome condizente com sua nova situação de não pagão e eram leiloados como bens semoventes, em conformidade com a ordem jurídica civilista da época. Assim, estava configurada a tentativa de se extinguir completamente o laço identitário com a África para tornar mais maleável o escravo à brutalidade sádica porque iria se deparar.

Além disso, no momento do leilão trágico de seres humanos recém aportados dos tumbeiros³ fazia-se questão de se assegurar a separação das nações e das famílias, tão terrível era o intuito de afastar a possibilidade de resistência por

² Ibidem, p. 27.

³ Tumbeiro era a denominação dada aos navios cargueiros que traziam os negros recém aprisionados na África para serem vendidos como escravos. Essa designação foi dada devido ao excedente número de mortos no decorrer da viagem.

parte dos escravizados. Assim, mães eram desgarradas de seus filhos e irmãos arredados entre si, além da quebra do vínculo social anteriormente existente no âmbito das nações guerreiras da África.

O mercado interno de escravos tendia à máxima valorização da “peça” masculina devido à jornada de árduo trabalho, em comparação ao valor que se desprendia por uma criança, velho ou mulher, apesar de ser público o conhecimento da dupla carga de exploração decorrente da relação escravista no tocante ao gênero feminino no seio de uma sociedade regida pelo sexismo machista. É amplamente difundido pelo saber da pesquisa histórica que, em inúmeras fazendas movidas pelo braço negro, havia uma prerrogativa consuetudinária assecuratória ao varão, detentor do título de propriedade da terra, o direito à primeira relação sexual das escravas que ingressavam na vida adulta, pois eram elas encaradas pela ordem jurídica não enquanto pessoas que eram, e sim *res* desprovida de dignidade.

Aspecto interessante acerca da ideologia sustentadora da escravidão é demonstrado pelo embate de proposições às condutas a serem tomadas pelo Estado português frente ao início da colonização brasileira e a sua crescente demanda por mão-de-obra. De um lado, a posição da Igreja aparentemente dócil frente ao indígena de maneira a se contrapor à escravidão deste, visando a sua catequização e o avanço da fé católica no Novo Mundo diante de um momento europeu de ascensão e consolidação da reforma protestante.

A mesma posição da instituição católica não podia ser a mesma diante da escravidão africana, justificando-se tal omissão pela retórica argumentativa tendente a levar ao homem africano a civilização, valor este supostamente não encontrado na África, uma vez que se tinha a Europa como referência de valores socialmente positivos. Assim, no tocante ao índio, se pretendia salvar sua idoneidade física para se garantir a perpetuidade católica, já ao negro, se pretendia condenar à escravidão como forma de lhe favorecer com a civilização branca, frio era o calculismo da religiosidade papal.

A escravidão, não se nega, já era elemento recorrente na história da humanidade, inclusive em solo africano, porém, em seu modelo inaugurado em terras coloniais no momento áureo do capitalismo comercial, possui-se um elemento novo pautado na finalidade econômica desse feito, pois o tráfico de escravos foi um pilar de sustentação do sistema comercial, logo da estrutura social e econômica vigente à época. Nesse íterim, estudo da História aponta ser o tráfico escravocrata

uma atividade mais lucrativa para a metrópole do que o próprio comércio da cana-de-açúcar.

Já a escravidão experimentada pela história do continente concesso dessa mão-de-obra pautou-se no aprisionamento de integrantes de comunidades rivais através de ações guerreiras que seriam seguidas por medidas de inclusão do recém-capturado ao seio social. Não havia desse modo, a exploração do trabalho do vencido através da opressão sistemática e violenta, além da busca por mecanismos de constante exclusão do escravizado das mais variadas conquistas sociais, a exemplo da Lei de Terras, que cuidou de afastar a população pobre do acesso à terra, criando um empecilho legal de ordem econômica de caráter excludente e que impôs a perpetuidade da concentração de terras em prejuízo dos afrodescendentes.

No universo axiológico encontrado na sociedade colonial brasileira foi-se amplamente aceita a inversão conceitual do trabalho, uma vez que em nosso contexto escravocrata o labor estava relacionado ao fazer escravo, ligação esta criada a partir de uma hierarquia social que não relegava às elites o trabalho como prática honrosa, devendo este ser imposto aos negros. Assim, as atividades desenvolvidas pelos escravos eram as mais variadas, pois a economia colonial era em sua essência movida pelo braço africano ou afrodescendente, daí falar-se em uma pluralidade de escravidões, pois as realidades de cada contexto relegavam aos escravos maiores ou menores sofrimentos e repressão.

Dessa maneira, a realidade do trabalhador negro das fazendas produtoras de cana-de-açúcar era bem mais cruel em relação ao escravo dos centros urbanos mais desenvolvidos, uma vez que aos primeiros era imposta uma jornada de trabalho que chegava às dezoito horas diárias, em um meio onde o autoritarismo do senhor branco era total, valendo-se de castigos físicos e maus tratos que faziam com que o escravo fosse considerado velho aos beirar os trinta e cinco anos de idade. Já a situação do escravo dos meios urbanos era um pouco menos violenta, pois havia certa autonomia em relação à prestação de seus serviços, principalmente aos chamados escravos de ganho, que serviam ao seu senhor vendendo mercadorias pelas ruas das cidades com o intuito de auxiliar a renda doméstica, criando um pequeno patrimônio financeiro, que seria responsável pela compra de sua alforria e o ingresso na liberdade.

Dessa forma, é atual a concepção histórica no meio acadêmico que encara a escravidão a partir de um potencial de diversidade, a se falar não em escravidão e

sim em escravidões, haja vista a complexidade das relações sociais no contexto colonial e pré-abolicionista.

Atualmente tem-se a interpretação histórica da abolição não mais como uma resposta do poder estatal às reivindicações da classe média urbana branca contrária ao escravismo, sendo, neste recente ideário, a abolição uma aquisição frente às exigências que vinham, não apenas de um grupo intelectual abolicionista, mas de um complexo de resistência social difusa, seja individual ou coletiva, de todos os que encaravam a liberdade como uma conquista humana. Assim, são apontados como formas de luta contra a escravidão, além da atuação da classe média abolicionista, os quilombos, em suas acepções urbanas e rurais, as fugas individuais, os assassinatos de donos de escravos e capitães do mato e os abortos perpetrados pelas mãos negras que teimavam em não perpetuar a vida em condições assemelhadas às experimentadas por elas próprias.

Nesse íterim de obstinação dos negros na condução de sua existência coletiva, desponta o elemento cultural como fator ensejador de manutenção de uma identidade grupal, ou seja, um laço de acesso da individualidade ao pertencimento de algo maior, dotado de uma tradição em comum e um apoio diante das adversidades do cotidiano. A existência das manifestações culturais originadas no seio da negritude referencia um processo de resistência, uma vez que se sabe amplamente que o ideal de embranquecimento relegou a tais práticas grupais um estigma ligado ao atraso, ao feio e ao demoníaco, a exemplo do que se deu com a religiosidade de matriz africana e a capoeira, atuações que sofreram proibições continuamente.

A incidência da repressão sobre a temática cultural é fortemente demonstrada quando se analisa a ideologia de reforço ao escravismo enquanto mecanismo legitimador de um sistema excludente e violento. Tem-se a escravidão produzida por um contexto histórico europeu de valorização da liberdade do trabalhador, logo de imediato se constata um desconforto moral ocasionado pela aceitação de que as colônias americanas se valessem de escravos para produzir o material necessário ao desenvolvimento do Velho Continente. O cristianismo representaria de certa forma uma saia justa no que tange aos valores de igualdade humana, uma vez que pregava o criacionismo e a humanidade como imagem e semelhança de Deus todo poderoso e misericordioso.

Assim, fez-se necessário a criação de uma ideologia legitimadora da

escravidão, além do mero aparato jurídico e humano utilizado como mecanismo de repressão e imposição do regime. Esse aparato valorativo e ideológico foi assimilado pela sociedade brasileira em latente proveito das elites dominantes, o que remete à continua apropriação de um discurso como forma de garantir-se os interesses políticos, sociais e econômicos e acima de tudo, um mecanismo de imposição de verdades viciadas pelos interesses dispostos na mesa da sociedade.

Tais princípios legitimadores da escravidão possuem embasamento racional e representação nas diversas instituições criadas pela complexidade da atuação humana e, sem dúvida, uma delas é a segregação hierárquico-racial, amplamente encontrada como discurso tendente à defesa do escravismo, pois se uma dominância fenotípica era inferior à brancura racial, logo havia um desmedido espaço lógico para a escravização.

No Brasil, a justificativa religiosa despontou como fundamental à retórica dominadora do negro, pois se afirmava ser este segmento humano descendente do Caim bíblico, estando, desta forma, predestinado à danação eterna. Deste feito, a retirada do contingente africano de seu continente pátrio se converteu em inafastável benesse cedida pelo homem branco europeu dentro dessa lógica, uma vez que possibilitaria o ingresso do negro no mundo cristão que lhe daria a chance de salvação eterna a ser custeada pelos seus trabalhos forçados.

Argumentava-se também que a escravidão foi utilizada também em solo africano, estando a população negra habituada a essa sistemática de trabalho árduo e rotineiro. Porém, a própria historiadora que aponta essa argumentação teleológica em relação à escravidão, notadamente Suely Queiroz⁴, afasta essa conjectura, ao esclarecer que apenas pontualmente se valeu de trabalho forçado de africanos por africanos, mais especificamente aponta Benim e Daomé como localidades onde havia escravidão. No entanto, as escravidões firmadas nesses contextos históricos garantiram a inclusão social do escravo no ente familiar, ou seja, não se concebia o escravo como objeto de trabalho e mão-de-obra produtora do lucro de seu dono.

Apesar disso, alguns elementos decorrentes da cultura africana resistiram à imposição da cultura européia, a exemplo da religiosidade que ora permanece ligada à tradição dos orixás e ora se mostra apta a resistir através do contato de incorporação com a religiosidade branca, seja através do sincretismo religioso tão

⁴ QUEIROZ, Suely Robles Reis de, op. cit., p. 28.

presente nos cultos de candomblé ou pela busca de uma aprovação social que relegue positividade às práticas miscigenadas, onde se encaixa a umbanda

Acerca da resistência negra deflagrada no âmbito cultural, Lila Schwarcz⁵ encontrou não apenas uma chance de sobrevivência biológica, mas também a reinvenção da própria existência, uma vez que “Sua natureza humana estava garantida nos espaços previsíveis da revolta frente à violência do cotidiano, assim como nos locais em que a vigilância afrouxava o olhar”. Dessa forma, nos poucos momentos em que aos escravos era dado descanso ou lazer, geralmente nos dias de festa da religiosidade católica, era buscado por estes a plenitude de sua identidade como mecanismo de uma resistência à opressão cotidiana, sendo a religião de origem africana um ponto saliente nessa atuação.

O florescimento do século XIX apontou em seu transpassar inevitáveis críticas de ordem moral à instituição escravocrata, o que por sua vez a fez assumir posições inovadoras no que concerne a sua tentativa de constante justificação e posterior postergação *ad infinitum*. Incluiu-se no imaginário coletivo a falaciosa caracterização da escravidão brasileira como construção social branda no que remete às relações travadas entre o senhor escravista e seu trabalhador escravo, sendo estes contatos de natureza afável, pois a caracterização da sociedade local estaria ligada ao ideal de convivência pacífica no meio da complexidade formadora da população brasileira.

Desponta também desse período, onde se firmou o liberalismo, a ideologia que pretendia tanto o combate ao absolutismo governamental como a participação do Estado para garantir-se a ordem jurídica no âmbito interno e a defesa da soberania nacional no âmbito externo. Ressalta-se também o ideal de propriedade desenhado pela Constituição do Império, que cuidou de não diferenciar a propriedade sobre escravos da propriedade de outros bens, apesar de já haver, desde a Revolução Francesa de 1789, a afirmação da liberdade como direito natural condizente à condição humana. Assim, amparado por inúmeras argumentações de origem religiosa, política e humanitária, teve-se de fato a postergação desse regime subsidiado pelas afirmações de cristianização do negro, de entrega de condições de vida superiores aos trabalhadores europeus livres, além da visualização do escravismo como figura consistente em um mal forçosamente necessário.

⁵ SCHWARCZ, Lília Moritz; REIS, Leticia Vidor de Souza (Org.). **Negras imagens**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996, p.14.

Apesar de todo aparato social arquitetado para a perpetuação do escravismo nas colônias européias, a ordem econômica sobrepujou tal sistemática, pois a nova ordem do dia efetivou-se com o incremento das novas relações laborais onde o trabalho assalariado converteu-se em inafastável anseio global, sendo a classe proletária eleita a essencial consumidora da manufatura dentro da Revolução Industrial. Esse processo traduzido à brasileira realidade vem a demonstrar que a Lei Áurea representou menos uma benesse das elites do que um reflexo da pressão econômica da Inglaterra pelo consumo de seus novos produtos, o que por sua vez não afasta o papel fundamental das revoltas individuais e coletivas somadas à resistência cultural enquanto mecanismo de se minar o velho sistema escravocrata.

Desse feito, soma-se à queda do regime arcaico a total ausência de políticas públicas tendentes a incluir o negro diante do quadro social de excessivo caráter competitivo, principalmente diante da chegada do imigrante europeu no século XIX, mais bem preparado para suportar a nova dinâmica ao aportar consciente das lutas de classe promovidas no seio europeu já composto por um quadro sindical organizado. A prática estatal revela uma inequívoca aspiração de incrementar a desigualdade entre os então ex-escravos e mão-de-obra branca recém aportada nos portos brasileiros, amparada no ideal de embranquecimento populacional do Brasil, uma vez que estavam em voga as teorias da supremacia racial branca a referendar o ideal de mácula étnica promovida pelo caráter pardo existente em nosso país.

Nesse contexto de decadência do regime escravista apontam-se como diplomas legais que abraçavam essa tendência a Lei do Ventre Livre de 1871, a Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários de 1885, e própria lei Áurea de 13 de maio de 1888. São esses instrumentos normativos elementos de flagrante desinteresse estatal pela inclusão do negro ao processo social brasileiro, uma vez que a primeira lei citada cuidou de conceder a liberdade formal ao negro recém-nascido sem, contudo, lhe garantir mínimos direitos de existência digna e vinculando sua existência até o vigésimo primeiro ano de vida à tutela do senhor da sua mãe, que permanecia escrava. Logo, a situação dessa criança permanecia análoga à de escravo, pois imersa estava no ambiente escravista.

Já a Lei dos Sexagenários foi objeto de críticas ao tempo de sua promulgação, tendo-se em vista que se converteu em instrumento de corte de gastos do senhor tirano com a alimentação de escravos idosos que não possuíam mais condições de trabalho.

Finalmente, a lei Áurea de 1888 representou um mecanismo de afastar do Poder Público e da elite brasileira a responsabilidade para com o grupo social que construiu a duras penas a acumulação de capital neste país e fora dele. O ato abolicionista instaurado nos fins do século XIX inaugura assim, uma concepção de término benéfico e bondoso do escravismo tendente a aceitar que não houve lutas de resistência e sim a entrega de um presente libertário concedido sem negociação. O enfoque dado pela Lei à questão racial desenha o seguinte texto normativo: “Artigo 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Artigo 2º: Revogam-se todas as disposições em contrário”. Talvez esse texto jurídico tenha produzido o que em suas entrelinhas se propunha criar, a dizer, o estabelecimento de uma passividade conformadora na população brasileira, diferentemente do ocorrido em outros países que se valeram da mão-de-obra escrava, onde, com o advento da liberdade, iniciaram uma série de políticas pela igualdade de acesso aos bens sociais relevantes.

Eis que despontam no decorrer do processo histórico brasileiro as teorias científicas discriminadoras, onde desponta nomes exemplares como Nina Rodrigues, estudioso da Faculdade de Medicina da Bahia que pretendeu a criação de dois Códigos Penais, um para brancos e outro para negros, considerando a elevada tendência criminal destes últimos, além de Sílvio Romero, jurista da Faculdade de Direito de Recife, defensor do embranquecimento social da população local como forma de abrandar as mazelas existentes.

Em meados da década de 1930, o fato de maior vergonha nacional se converte em uma particularidade brasileira, motivo de orgulho de sua especificidade e da sabedoria do pretenso convívio pacífico entre as diversas raças formadoras dessa realidade. Nesse mesmo senso conformador teve a academia intelectual um importante papel na elaboração argumentativa tendente a construir um ideal de democracia racial.

Interessa nesse momento, para uma proposta de compreensão da situação vulnerável do grupo social negro, uma abordagem acerca da maneira como esse segmento humano foi encarado pela academia intelectualizada, notadamente pelas ciências sociais, a partir da abordagem conferida por Clóvis Moura⁶, em obra bastante atual denominada Sociologia do Negro Brasileiro. Para o autor, a apartação

⁶ MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988, p. 42.

social presente na realidade brasileira resta como condicionante favorável ao desenvolvimento de análises intelectuais da situação negra dotadas de infundáveis preconceitos acadêmicos. A razão de seu dizer procede, uma vez que o conhecimento científico não existe enquanto bem isolado em uma redoma de vidro, pelo contrário, sendo produto de um contexto, ora se pretendendo libertário, ora eivado das amarras do controle opressivo.

Assim, na medida em que as tensões da convivência são acentuadas pelo abismo que separa a população brasileira entre si – leia-se injustiça social em um contexto escravista ou pós-escravista – mitos são construídos ou reformulados com a perspectiva de se justificar ou ideologizar a dominação. O mito mais veemente apontado por esse autor é o referente à igualdade racial ou, como prefere alguns, mito da democracia racial no Brasil, sendo este uma reformulação dos preceitos ideológicos do escravismo, a exemplo da concepção de inferioridade racial do ser advindo da África, adotada nos séculos marcados pelo processo escravocrata.

Apresentando uma pretensa imparcialidade meramente de efeitos retóricos, a academia aponta autores de renome como Gilberto Freyre⁷, que em sua obra de maior peso, *Casa Grande e Senzala*, encara a sociedade brasileira colonial apenas dentro do dualismo existente entre o branco dominador e o negro escravo, olvidando-se das figuras esdrúxulas a esse patamar, como o índio que teimava em resistir nos espaços mais isolados, o caboclo vítima de preconceitos por não ostentar a pureza branca, e principalmente do negro que se revoltava para criar os inúmeros espaços entrincheirados de liberdade, os quilombos. Para Moura⁸:

O mito do bom senhor de Freyre é uma tentativa sistemática e deliberadamente bem montada e inteligentemente arquitetada para interpretar as contradições estruturais do escravismo como simples episódio epidérmico, sem importância, e que não chegaram a desmentir a existência dessa harmonia entre exploradores e explorados durante aquele período.

Assim, o contexto temporal ensejado em meados da década de 1930 estipula através da intelectualidade nacional um ideal de “democracia racial”, principalmente com o impacto da obra de Gilberto Freyre sobre o olhar da sociedade brasileira sobre si própria. Em uma tensão política gerada pelo Estado Novo

⁷ FREIRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**: formação da família, brasileira sob o regime de economia patriarcal. 51 ed. Rio de Janeiro: Global, 2006.

⁸ MOURA, Clóvis, op. cit., p. 54.

Varguista, esse aparato científico desponta como instrumental de sustentação dessa estrutura política, amparado num ideal de identidade nacional pautada na miscigenação e no convívio maleável entre as diversas orientações matriciais da cultura brasileira em sua complexidade.

Nessa conjuntura, práticas culturais de origem genuinamente afro-brasileira são vistas como algo salutar e afirmador da identidade nacional, a exemplo da capoeira, que é finalmente liberada pela instituição estatal, e da feijoada, que é assumida como alegoria da mistura de raças brasileiras, por contar como o arroz branco, feijão preto e a laranja amarelada.

O efeito colateral da suposta democracia racial tupiniquim demonstra um quadro de auto hipocrisia ou desvirtuamento na sua própria afirmação enquanto nação, pois renega um elemento essencial na formação social do Brasil, concernente nas estruturas excludentes. Portanto, houve uma dissimulação da discriminação reinante nas relações travadas por estas terras.

Dentro de um cenário atual, apesar da persistência das desigualdades reinantes nas esferas sociais e econômicas, nas quais é possível constatar uma flagrante disparidade entre uma elite predominantemente branca e os quadros de miserabilidade, onde a grande maioria populacional é parda e negra, ocorre uma tendência de resignificação cultural pela qual aparecem valores ligados à origem africana do povo brasileiro, a exemplo da afirmação da capoeira, do samba e dos ritmos baianos ligados a uma sensualidade tipicamente africana. Porém, no meio religioso a intolerância persiste e assume um discurso eminentemente racista e discriminatório, havendo nessa prática uma evidente violação às diferenças culturais essencialmente formadores da sociedade brasileira, além de uma aversão ao texto constitucional assecuratório do convívio pacífico das diferenças através das suas garantias fundamentais e de meios jurídicos a serem abordados no decorrer desse trabalho acadêmico.

1.2 Notas sobre Patrimônio Cultural Afro-Brasileiro e suas evoluções

Em seus apontamentos acadêmicos acerca da temática cultural, José Luiz

dos Santos⁹ assevera que o conceito de cultura inevitavelmente necessita de um corte metodológico, haja vista a diversidade de acepções que termo possui no decorrer das considerações elaboradas por pessoas interessadas no tema, sendo fundamental esclarecer que cada conceito utilizado aponta apenas para um dos sentidos possíveis da investigação acadêmica que se pretende. O autor citado afirma ser a cultura basicamente encarada por duas concepções mais atraentes, sendo a primeira responsável por dotar a conceituação de cultura enquanto significação ligada à idéia de realidade social, logo a existência social do agrupamento humano analisado estaria interligada à concepção de cultura dessa sociedade. Essa fonte conceitual do termo cultural afirma esse bem humano enquanto totalidade das possibilidades da organização social e da produção material da sociedade.

Por uma segunda corrente, tem-se a cultura vinculada ao conhecimento, idéias e crenças humanas e as formas encontradas desses elementos na vida social. A ênfase dada por esta corrente é no sentido de permanecer a referência no corpo social, sendo, porém, dado maior valoração ao conhecimento humano acumulado a partir da sociabilidade do convívio.

Qualquer teoria dentre apontadas que seja utilizada pelo estudo em tela necessita encarar a cultura como um elemento em contínua transformação, caractere que aponta uma dificuldade conceitual do termo em debate, pois a definição de algo que não se firmou no tempo de maneira estanque remete à necessidade de estudos cotidianos e inacabados acerca dessa temática.

Cultura, em seu significado etimológico originário, remete ao latim, significando a atividade agrícola em seus afazeres, advindo do verbo latim *colere* remetendo ao termo verbal *cultivar*. Os romanos fizeram incidir nesse significado lingüístico a idéia de rebuscamento conseguido com o aprimoramento do luxo e da racionalidade.

No entorno do século XIX, a partir da realidade histórica dos contatos agressivos ensejados pelo imperialismo europeu, onde se deu uma diversidade de contato entre as realidades diversas formadoras da humanidade em sua complexidade, despontou um sensível incremento nas preocupações intelectuais acerca do debate cultural, ou seja, o anseio de novas conceituações do termo

⁹ SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 16/22-23.

cultura. Assim, embasado numa visão de mundo que prescindiu das concepções religiosas acerca da humanidade, tão presentes nos tempos denominados de Idade Média, surge uma proposta de estudo da cultura, em um momento onde os comportamentos humanos não eram mais vinculados às explicações cristãs. Nesse ínterim, a cultura desponta como elemento diferenciador do homem para com os outros animais, de forma que o primeiro detinha o fazer cultural, enquanto que aos animais tal prática não lhes foi conferida pelas circunstâncias biológicas.

Nesse mesmo sentido de pensamento José Luiz dos Santos¹⁰ pondera que no período histórico em questão as preocupações com a cultura têm o condão de delimitar intelectualmente a posição do Ocidente. Certamente em uma situação fática de dominação das nações européias frente o resto do mundo, com uma divisão do planeta como sendo este um terraço do Velho Continente, a cultura chegou a ser utilizada como mecanismo de hierarquização da humanidade a partir de um critério cultural que levou em consideração apenas os valores referenciados pelos dominadores. Sensivelmente tendenciosa era essa argumentação, pois viria a ser mera argumentação para se criar um ar de legitimidade à prática eurocentrista.

Dessa forma, a hierarquização da humanidade seria elaborada de maneira a deixar como topo da pirâmide humana a sociedade européia, permanecendo em segundo ou terceiro plano as sociedades indígenas e as sociedades africanas por supostamente não contar com o desenvolvimento intelectual dos europeus, visto como fator de desempate ou diferenciação de sociedades.

O desenvolvimento do pensamento acerca da cultura mostrou que a hierarquização de culturas só é possível quando utiliza critérios que inevitavelmente não são unanimidade em toda a diversidade de culturas formadoras da humanidade, logo é desprovida de um critério generalizante por não conter as diversidades de perspectivas acerca do tema cultural. Isso somado ao conteúdo racista legitimador do imperialismo demonstra o quanto desprovido de certeza restou envolto a diferenciação cultural que primou pela desnivelção intercultural.

Nesse ponto desponta como primordial na avaliação da cultura o fato de que cada elemento produzido no seio social detém uma lógica dentro da cultura, portanto não pode ser relegado como algo desprovido de carga valorativa na conceituação da cultura, ou seja, resta desprovido de certeza científica a hierarquização a partir da

¹⁰ Ibidem, p. 14 e p. 31.

generalização de um sistema de valores em voga em apenas uma das inúmeras sociedades formadoras da humanidade enquanto padrão a ser seguido por todas as outras dentro da evolução histórica.

Em uma perspectiva generalizante, tem-se a cultura em seu sentido amplo ligada à produção humana em qualquer época, podendo também em um senso um pouco menos abrangente ser firmada como a produção humana em uma dada sociedade em específico. Assim, a cultura pode indicar tanto uma referência a toda a humanidade, como também uma produção de determinado grupo humano, nação ou sociedade. Porém, é sabido que a análise da produção cultural de um grupo específico formador de uma sociedade torna imprescindível a avaliação do contato dessa cultura com as culturas externas a essa, de maneira que as relações interculturais restam como mecanismo primordial no entendimento de uma cultura em específico. Esse entendimento ganha um enfoque maior ao ser vista a cultura local dentro de um contexto de diminuição de distâncias ocasionado pelo processo globalizante na história da humanidade.

Nos dizeres de José dos Santos¹¹, ao se analisar os traços culturais de uma sociedade a exemplo da brasileira “o importante para pensarmos a nossa realidade cultural é entendermos o processo histórico que a produz, as relações de poder e o confronto de interesses dentro da sociedade”. Assim, inevitável ressaltar que, em uma realidade latino-americana, em específico, na brasileira, aparecem situações onde a construção da identidade a partir de uma idéia de cultura nacional relegou a segundo plano as diversas contribuições historicamente construídas por povos vencidos aos quais se impôs uma ordem social excludente, a exemplo da separação da cultura indígena e negra em suas totalidades da cultura nacional. Contudo, esse processo não foi elaborado sem concessões, haja vista o carnaval, o samba e a feijoada serem eleitos produtos genuinamente ensejadores da identidade brasileira.

Para efeito construtivo desse trabalho científico tem-se a cultura encarada enquanto dimensão social de produção e dispersão do conhecimento humano no decorrer da História, constituindo-se em um processo, logo dotada de dinamicidade. Assume na vida contemporânea uma essencial importância, haja vista a necessidade contínua de compreensão da realidade complexa que cerca a sociedade que não é apenas um resultado das interações humanas individuais com

¹¹ Ibidem, p.34.

o meio, mas também um resultado coletivo que depende do contexto em que a sociedade sob análise encontra-se submersa.

Em uma acepção marxista pode-se encarar na cultura um elemento dinamizador e reflexo da luta de classes, fazendo parte da superestrutura montada para legitimar e dar suporte aos ditames econômicos da sociedade ou estar vinculada à idéia de progresso coletivo e busca por liberdade, remetendo ao contexto emancipatório frente aos diversos contextos de exclusão. Dessa forma, esse discurso ideológico prima por uma apropriação do debate, que ora se faz, para uma produção acadêmica teleológica tendente à transformação da realidade.

Na análise das práticas desenvolvidas pelo ente estatal desponta a conceituação de cultura dotada de caráter residual, ou seja, no âmbito das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado freqüentemente a cultura aparece colocada como setor do conhecimento humano resultante de uma equação que retira de forma sistemática as formas de produção supostamente mais importantes desse saber, tendo-se como resultado o que se afirma ser a cultura. Assim, ao se dispor sobre a política cultural, já houve uma prévia separação das outras áreas tidas como mais importantes ao processo produtivo, a exemplo das áreas de educação, ciência e tecnologia. Essa prática acaba por vincular ao trabalho cultural a produção humana mais ligada às artes como a música, cinema e outras artes visuais e faz incidir junto à cultura um menor potencial dentro das políticas a serem produzidas pelo Estado.

Íntima é a relação traçada entre cultura e as relações de poder no seio social, pois o início das preocupações com a construção racional desse elemento cultural já passava a pontuar as preocupações intelectuais dentro de um contexto de dominação internacional. Somado a isso, tem-se que a cultura é demonstrada como segmento do conhecimento submerso num processo de interações subjetivas, onde reinam as dissidências embasadas pelos conflitos de interesses. Além disso, tem-se a cultura dotada de historicidade que, para atender a uma sensível transformação da ordem dos fatos, necessita do reconhecimento das relações de poder traçadas e, a partir daí, sonhar com relações mais equilibradas entre as pessoas e entre os diversos grupos sociais.

Partindo desse parâmetro que correlaciona a cultura às relações de poder, chega-se à conclusão no sentido de, apesar de ser um bem coletivo, uma vez que é produto de toda a sociedade, a cultura e seus benefícios restam conglomerados à

total disposição de determinados grupos sociais. Isso ocorre de tal maneira, pois as relações sociais responsáveis pela produção cultural ocorrem em situações de contínua desigualdade fática, resultando em uma flagrante subtração de um benefício genuinamente coletivo em desfavor da coletividade. Dessa forma, na concepção de José Luis dos Santos¹², a luta genuinamente travada nas trincheiras dos movimentos sociais que levantam as bandeiras do acesso aos bens culturais de forma igualitária necessariamente passa pela luta por relações sociais mais justas, uma vez que a cultura é um produto da sociedade.

Dessa noção de cultura apresentada a partir de conceitos sociológicos e antropológicos despontam para a feitura do presente trabalho acadêmico a idéia de patrimônio cultural, tanto em sentido material como, e principalmente, em seu senso imaterial.

O próprio texto constitucional já pontua o que a ordem jurídica assevera por patrimônio cultural no que tange à tutela de um conjunto de bens de interesse coletivo de toda a sociedade brasileira. Assim, o artigo 216 e incisos afirmam ser o patrimônio cultural brasileiro composto pelo complexo de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Ampliando genericamente o alcance da norma, os incisos decorrem afirmando como integrantes desse patrimônio nacional: “I) as diversas formas de expressão; II) os modos de criar, fazer e viver; III) as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV) as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V) sítios de valor histórico, paisagístico, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

No âmbito dessa meta de tutela ao patrimônio cultural inserto propositadamente de maneira ampla, percebe-se na intenção do legislador constituinte a finalidade de afirmação valorativa da cultura nacional, respeitando-se as diversidades formadoras da sociedade brasileira, sem haver desprezo pelas práticas culturais que surgiram e ainda surgem em um processo histórico de sobreposição hegemônica de matrizes étnicas. Ou seja, se pretende um convívio mútuo entre as diversidades formadoras do patrimônio cultural. Portanto, a

¹² Ibidem, p. 45.

mensagem que subjaz a esse preceito constitucional é no sentido de uma vontade social que anseia pela produção dessa realidade fática, tendo em vista ser a Constituição, em seu sentido sociológico, um verdadeiro pacto social que regula a atuação de Estado e sociedade com a promulgação de um documento formal.

Apesar de a realidade jurídica traduzir uma preocupação tanto pelo patrimônio cultural material como pelo imaterial, com o ingresso no ordenamento jurídico do texto constitucional, as políticas públicas anteriores ao decreto 3551/2000, que instituiu o registro de bens referentes ao patrimônio imaterial, sempre tendiam a uma efetiva tutela do patrimônio material, notadamente os de valor arquitetônico no meio urbano. Esse lapso resulta de uma concepção patrimonial escassa no que tange à sua dimensão cultural, advindo de um ideário que abarca a noção de patrimônio histórico e artístico enquanto prédios belos ou monumentos de elevados dotes estéticos que possuem referência a determinados fatos históricos tidos como importantes. Assim, tal concepção acaba por marginalizar as práticas culturais mais ligadas ao cotidiano e à simplicidade do povo, notadamente as brincadeiras da cultura popular ou manifestações de caráter religioso ligadas aos segmentos mais excluídos da sociedade.

Nesse mesmo sentido ocorre uma convergência com o que aponta Maria Cecília Londres Fonseca, em obra organizada por Regina Abreu¹³, ao sentir que determinados bens encarados como patrimônio cultural material e tutelados através do mecanismo jurídico do tombamento, levado a feito por institutos públicos competentes, sem a efetiva significação dada pelas comunidades que se utilizam desses bens, deixam de possuir o seu caráter eminentemente valorativo. Exemplifica o seu raciocínio citando a Procissão do Fogaréu, que ocorre todos os anos durante o período da Semana Santa na cidade de Goiás, além da Feira Ver-O-Peso da cidade Belém do Pará, mundialmente conhecida por expor as formas indígenas de contato humano com a natureza daquela região. O tombamento das regiões do entorno da feira e da localidade onde ocorre a procissão religiosa, sem a devida participação popular que ocasiona numa valoração desse patrimônio material, seriam inúteis, logo a tutela conferida pelo ordenamento jurídico ao patrimônio imaterial resta como elemento de igual importância para o patrimônio cultural em sentido amplo, sendo um mecanismo instrumental de efetivação da tutela deste.

¹³ ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (Orgs.). **Memória e patrimônio**: ensaios contemporâneos. Rio Janeiro: DP&A, 2003, p. 57.

Em situações exemplificadas na Feira de Caruaru, pólo importantíssimo de encontro das variações culturais reinantes na região do Nordeste brasileiro, por a região do entorno ser uma área sem maiores intervenções urbanísticas, o elemento humano produtor de cultura desponta como essencial na estipulação dessa feira como integrante do patrimônio cultural brasileiro. Neste local de notável efervescência cultural permanecem manifestações populares como as bandas de pífano, os recitais de cordel e a venda de esculturas semelhantes às de mestre Vitalino, sem que o espaço físico da feira seja importante dentro dos padrões de tombamento que geralmente ocorrem em prédios de valor histórico, não necessitando quando se tratam de barracas desprovidas de valor arquitetônico como as encontradas aí.

A perda desse patrimônio imaterial acomete toda a sociedade brasileira e fere a identidade nacional, resultando em realidade flagrantemente danosa, pois, diferente do que ocorre com as manifestações humanas urbanísticas, o abandono e o esquecimento das práticas culturais não deixa rastro palpável. Quando seu registro não é devidamente elaborado, essa manifestação é relegada ao exílio da História, o que faz com que a população desconheça a si própria. Daí se justifica a significativa necessidade de defesa do complexo cultural imaterial brasileiro que de maneira recorrente foi desprezado e impossibilitado de ingressar axiologicamente como patrimônio cultural quando se fala em tutela jurídica via mecanismos tradicionais tipificados no tombamento.

Esse instituto do direito administrativo de viés urbanístico é amplamente criticado por setores de militância cultural, haja vista serem os bens tombados genuinamente ligados a critérios elitistas e eurocêntricos, pois a realidade social do Brasil remete a um quadro em que os prédios de valor histórico reconhecido pelo sistema jurídico têm amplas ligações com as classes sociais detentoras de elevado poderio econômico.

A tutela do patrimônio cultural nacional está intimamente relacionada ao ideário de identidade que se pretende tutelar, pois seria este o conjunto de convergência em uma sociedade multifacetada, realizando uma ligação subjetiva e coletiva entre as bases formacionais dessa sociedade. Dessa forma, a efetivação do preceito constitucional inserido no artigo 216 necessita de uma elaboração teórica de um parâmetro conceitual acerca do patrimônio cultural imaterial, levando-se em consideração a maior facilidade técnica de se afirmar o interesse social inequívoco

de preservação de bens integrantes do patrimônio material.

Importa considerar que sobressalta aos olhos a segunda face da política estatal que visa à preservação do patrimônio cultural apenas em sua feição de objetos e prédios que consiste no implante de um ideário de que este patrimônio cultural apenas possui valor enquanto bem palpável preservado em si, perdendo seu caractere elementar que está centrado na utilização desse bem pela sociedade, que o deve fazer criando novos significados culturais. Daí a novidade referente à modalidade de tutela do bem patrimonial intangível despontar como possibilidade inclusiva do povo no processo de sua autopromoção a protagonista, pois este assume um fazer primordial na elaboração do patrimônio imaterial, notadamente na construção simbólica de sua cultura.

Importa deixar esclarecido que a noção de patrimônio cultural diverge do senso financeiro de patrimônio, pois a primeira significação parte de um desenho racional que não enxerga no patrimônio coletivo produzido historicamente uma possibilidade de quantificação econômica em termos de moeda corrente, ou seja, o bem cultural não é financeiramente negociável por não pertencer apenas aos seus produtores imediatos, ao contrário é atribuído à toda a sociedade. Disso decorre a inevitável urgência da tutela do fazer cultural, pois as condutas que ferem esse patrimônio além de danificar algo coletivo, não pode se traduzir em favor deste ou daquele cidadão integrante da sociedade.

Tentando demonstrar uma diferenciação básica entre as modalidades de patrimônio já citadas nesse trabalho, a professora Maria Cecília Londres Fonseca, na obra organizada por Regina Abreu ¹⁴ estipula que a herança cultural na acepção material possui uma relativa autonomia em relação ao mecanismo criador, por exemplo, um monumento histórico em homenagem à Independência não permanece vinculado ao artista que o criou. Contrariamente a herança intangível precisa constantemente de resignificações dadas pelas pessoas que também fazem parte desse patrimônio imaterial.

Essa noção amplificada de patrimônio que acaba por incluir no processo valorativo elementos deixados de lado pela concepção materialista dessa herança acabou por aceitar o convívio humano corriqueiro das gerações atuais com as gerações passadas através de um intercambio que não se limita aos objetos

¹⁴ Ibidem, p. 59.

palpáveis. Outro benefício originário de um englobamento maior da noção patrimonial está na inclusão de grupos sociais que não se enquadram na tradição cultural europeia nas políticas públicas de incentivo, principalmente as manifestações cujas raízes remontam às matrizes indígenas e africanas, que de maneira recorrente são excluídas da valoração social.

Para efeitos dessa monografia jurídica dotada de perceptíveis apontamentos sociológicos, as manifestações de cunho religioso ligadas originariamente ao negro brasileiro despontam como elemento central dentro da diversidade do patrimônio cultural intangível relegado por esse grupo social à sociedade brasileira. A plausibilidade do afirmado se dá dada a vulnerabilidade que foi trabalhada a partir dos apontamentos históricos e levando-se em consideração as mais variadas formas de exclusão e dominação, as quais foram impostas aos escravizados e aos seus descendentes, além da ausência de comprometimento do ente estatal e das elites brasileiras no sentido da reparação a tais gravames impostos.

Dúvida não resta acerca da real necessidade de desenvolvimento e efetivação de tutela ao patrimônio cultural religioso de origem africana e afro-brasileira, pois o próprio senso comum realiza um desserviço à cultura nacional quando enxerga na prática religiosa ligada à umbanda, ao candomblé e à jurema atuações ligadas ao mal por não se enquadrar no patrimônio religioso dominante e hegemônico. Essa temática ligada ao religioso será esmiuçada no próximo tema deste capítulo e as formas de tutela judicial a esse patrimônio cultural serão avaliadas em capítulo posterior com enfoque específico na ação popular, porém inexistente dúvida sobre a possibilidade de serem tais manifestações ligadas ao setor popular elementos do patrimônio cultural intangível brasileiro.

Como dito alhures, a noção de patrimônio cultural, com a ordem constituinte de 1988, inevitavelmente deve englobar o conceito jurídico e sociológico do fazer cultural ligado “à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Partindo desse desejo constitucional promocional e protetivo do patrimônio cultural tem-se o reconhecimento cedido pelo ápice do ordenamento normativo pátrio frente às adversidades enfrentadas pela produção cultural militante em regiões discursivas que segregam as práticas oriundas dos grupos sociais tradicionalmente marginalizados.

Exatamente nessa valoração defensiva dada pelo legislador incluem-se as manifestações de caráter religioso afro-brasileiro por estarem profundamente

vinculadas à identidade e à memória do povo negro, uma vez que o caráter de resistência cultural da religiosidade popular brasileira consiste em mecanismo de afirmação de um pertencimento a um determinado grupo social ao qual se faz parte. Assim, com o raciocínio garantista do patrimônio cultural, e com a mais que devida concordância de serem as práticas religiosas afro-brasileiras elementos desse patrimônio cultural, desponha, segundo preceituado pelo parágrafo quarto do artigo 216 da Constituição Federal, a vinculação da conduta estatal tendente a tutelar essa religiosidade em tela. Isso ocorre, por se assegurar em tal instituto jurídico-constitucional ser dever do Poder Público a efetiva defesa desse patrimônio diante das ameaças e danos reais perpetrados contra ele.

1.3 Considerações sobre a religiosidade afro-brasileira

Basicamente foram dois os maiores grupos de negros que aportaram solo brasileiro destinados a serem escravizados no contexto histórico do pacto colonial, eram os sudaneses e os bantos. Os primeiros eram originários dos países hoje denominados Sudão, Nigéria, Togo e Benim (antes Daomé). Já os bantos advinham de nações a exemplo de Angola, Congo e Moçambique, embora esse grupo africano tenha ocupado outras localidades como África do Sul e Zâmbia.

Há ainda outro grupo doador de mão-de-obra escrava à colônia portuguesa da América denominado malês ou muçulmins, de grande atuação na resistência negra deflagrada principalmente na Bahia, com a ocorrência do evento histórico chamado Revolta dos Malês de 1835. Os Malês eram negros muçulmanos de origem norte-africana que desempenharam um papel de liderança religiosa dos escravos até essa revolta, onde foram dizimados, passando esse encargo social ao povo nagô ou iorubá e ao povo jeje.

Ainda em solo africano a complexidade da religiosidade desenvolvida pelos povos que ingressaram no Brasil revela um culto onde cada orixá estava ligado a uma cidade especificamente, sendo, com o desenrolar do processo histórico, esse caractere foi mitigado com as conquistas internas de cada povo africano sobre outros conterrâneos, com os processos migratórios ou ainda pela dominação européia.

No decorrer da agressividade da escravidão, a religiosidade se converteria

em elemento identitário de união dos negros em volta de um passado comum, logo houve uma tentativa dos comerciantes e senhores de escravos de obstar a prática religiosa através da separação das nações e famílias que compunham o todo escravizado, como forma de prevenção a qualquer revolta. Em seu livro *Arte Afro-Brasileira*, Roberto Conduru¹⁵ pontua o seguinte sentido:

No caso da transplantação das religiões da África para o Brasil é fundamental pensar a ruptura radical em processos de conhecimento e produção do real, de saberes e fazeres ancestrais transmitidos de uma geração para a outra por meio de práticas que enredam oralidade e cultura material.

Porém, tal feitio não foi suficiente para obstar a religiosidade do povo negro, que se mostrou altamente eclética ao procurar na nova realidade geográfica e na flora local um suporte para as necessidades procedimentais do culto, uma vez que cada ente possuía uma ligação específica com as plantas sagradas em solo africano e com as variedades do relevo desta terra. Essa adaptação demonstrou em alguns momentos um caractere de miscigenação entre as entidades africanas e as entidades indígenas.

Os ritos, que visavam aplacar a ira ou propiciar os favores das divindades negras, também foram submetidos ao influxo de novas práticas rituais, de médiuns espíritas, bruxos europeus, pajés indígenas. Assim, o próprio sincretismo aparece como forma de burlar as perseguições às práticas religiosas, constituindo um mecanismo de adaptação frente à nova realidade experimentada pelos negros.

A matriz mais ligada à tradição nos cultos africanos é o que se denomina candomblé, que apresenta diversas variações a depender da nação que realiza o ritual, mas apresenta também algumas características comuns no tocante às cantigas e danças ritualísticas de evocação dos orixás. As músicas religiosas no ritual possuem um papel fundamental de evocação das entidades, estas serão incorporadas pelos filhos-de-santo, havendo a partir daí um diálogo entre os freqüentadores do terreiro (espaço onde se realiza o cerimonial) e os entes que se utilizam dos corpos dos receptores para uma comunicação. Ao ingressar no corpo do filho-de-santo, cada orixá frui de determinados produtos oferecidos pelo pai-de-santo ou mãe-de-santo, sendo mais comum o uso da cachaça e do tabaco, o que

¹⁵ CONDURU, Roberto. **Arte afro-brasileira**. Belo Horizonte: Arte, 2007, p. 26.

demonstra uma mescla de caracteres humanos e sagrados nas figuras de cada orixá.

Os assistentes da celebração em algumas casas ficam separados entre homens e mulheres, havendo uma orientação em alguns terreiros que impede o ingresso de visitantes homens não vestidos de calça cumprida. No local reservado para a mãe-de-santo existe uma poltrona que se assemelha a um trono.

Há também um espaço reservado para os tocadores de atabaques, chamados ogãs, sendo a esses instrumentos percussivos dados os nomes de rum, rumpi e lé. Usa-se um instrumento metálico durante a cantiga religiosa chamado de agogô, além de outro denominado aguê feito de uma cabaça e cordões dotados de sementes, que ao atritar com a cabaça, produz um som específico necessário aos rituais. A atuação dos instrumentos musicais é tão significativa durante a confabulação religiosa que os orixás fazem reverência a estes em sinal de saudação.

Nos dias de festa de cada orixá o local do festejo religioso é devidamente decorado de acordo com as exigências e preferências da entidade, levando em consideração os padrões de cores e outras especificidades. A cerimônia é iniciada com a reverência a Exu, orixá tido na fé do candomblé como responsável pelo acesso ao mundo transcendental onde ficam as outras entidades. O cerimonial segue com a incorporação de outros orixás, havendo a possibilidade destes atenderem aos pedidos feitos no decorrer da prática religiosa.

Dessa forma, percebe-se que o culto relativo ao candomblé possui uma ligação mais estreita com a tradição e o cerimonial, haja vista serem essa orientação religiosa afro-brasileira mais ligada às práticas efetivadas pelos ancestrais negros oriundos da África, chegando às terras brasileiras através do tráfico de escravos. Essa ligação com a ancestralidade permaneceu nos cultos de candomblé mesmo diante da brutalidade da escravidão, que pretendia destruir o negro em suas ligações identitárias com o seu passado cultural e torná-lo uma pessoa que anseia ser branco em uma realidade de contínua falta de acesso ao conjunto de bens sociais possuídos pelos descendentes de europeus.

Nesse íterim de resistência à homogeneização, um mecanismo que assegurou a continuidade do candomblé foi o sincretismo religioso, enquanto prática de concessão de certas incidências de valores e figuras católicas no proceder religioso afro-descendente. Assim, como forma de se encobrir uma afirmação

cultural que estava proibida devido ao medo da sociedade regida pelas orientações valorativas brancas, houve uma inclusão de santos do catolicismo nos rituais de cunho afro, não havendo uma troca de entidades religiosas em si, pois os orixás do candomblé continuaram a ser exaltados e cultuados, sendo apenas representados por imagens que afastassem a repressão, ou seja, por santos do catolicismo dominante. Apesar de tudo, segundo Conduru, o sincretismo realizou uma estagnação na produção artística das religiões afro-brasileiras de modo que passaram elas por um processo de adaptação às novas dinâmicas sociais.

Acerca dessa temática de dissimulação dos cultos da matriz social africana, Renato Ortiz¹⁶ em seu *A Morte Branca do Feiticeiro Negro* assevera que, não obstante as práticas destruturantes elaboradas pela escravidão negra e pelo sistema social escravista nos costumes africanos, a memória coletiva resistiu em solo em brasileiro, apesar das concessões necessárias a isto. Dessa forma:

Preserva-se desta forma o culto de grande parte dos deuses africanos, ao mesmo tempo em que se reinterpreta determinadas práticas e costumes através das danças como o lundu [...]. Pouco a pouco herança africana se transforma assim, em elementos culturais afro-brasileiros.

No desenrolar do processo histórico brasileiro, o século XIX desponta como momento de sensíveis transformações sociais no Brasil, onde a mestiçagem e a tentativa de auto-inclusão do mestiço bacharel em direito em uma sociedade preconceituosa através de instrumentos de concessão. Somando-se a essas modificações amplas o quadro de urbanização representou para o culto de candomblé uma sensível ameaça às suas tradições, pois no contexto de tal modernização estava explícita a pretensão de uma de uma sociedade embranquecida, logo, os valores do culto tradicional afro foram marginalizados e encarados como atraso.

No processo concessório aparece a religião umbandista como forma de revisão dos preceitos do candomblé, visto como religião na qual era imprescindível a tradição de matriz tribal africana, em uma realidade que tendia à valorização dos cultos originários da Europa. O surgimento da umbanda enquanto religião genuinamente nacional revela uma tentativa levada a feito pelo mestiço urbano brasileiro de se incluir numa hierarquia social que hipervaloriza o elemento branco,

¹⁶ ORTIZ, Renato. **A morte branca do feiticeiro negro**. Petrópolis: Brasiliense, 1999, p. 22.

fazendo com que houvesse um mescla de elementos do candomblé, do espiritismo kardecista europeu e do catolicismo em um único caldeirão religioso. Portanto, a umbanda aparece como religião dotada de concepções estéticas ecléticas e possui como nome de peso, em seu momento de gênese, João da Gomeia, apontado por Roger Bastide¹⁷, em *As Religiões Africanas no Brasil*, como um dos fundadores desse novo segmento das religiões afro-descendentes.

Notável é o elemento integracional da umbanda enquanto tentativa de unificar a população marginalizada no âmbito religioso por comungar de um laço de identidade com a África. Comparando-se com o candomblé, ostentador de inúmeras divisões de nações que ora beiram o bairrismo e revelam em algumas circunstâncias perseguições entre os grupos da própria religião, a umbanda consiste em proposta unificadora do discurso religioso, pretendendo, através das concessões sincréticas, uma inclusão no processo social.

O surgimento da umbanda, com o enfoque para efeito da presente pesquisa, necessita de uma análise macro, pois essa nova derivação da matriz africana tradicional não se utiliza de uma figura messiânica para legitimar seu discurso, sendo de outro modo, resultado das modificações ocorridas no Brasil a partir do século XIX. Assim, as modificações econômicas, sociais e políticas têm uma inegável influência na umbanda brasileira, sendo sensato afirmar que esta matriz religiosa dotada de veias africanas é mais produto de uma modernização das pontuais tradições do candomblé somadas à dogmática cristã e ao espiritismo do que uma decorrência de um único ser que entrega a fé pronta e acabada aos seus seguidores.

¹⁷ BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**: contribuição a uma sociologia das interpenetrações de civilizações. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1989, p. 275.

2 AÇÃO POPULAR INSERIDA NA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

2.1 Evolução da tutela jurisdicional coletiva: do processo civil clássico ao microssistema processual de tutela coletiva

O incremento das relações humanas com o despontar da sociedade de massas gerou uma demanda que transcendeu à individualidade cotidiana na busca judicial pelos direitos obstados pelos choques de interesses internos à sociedade. Justifica-se o afirmado a partir da argumentação que enxerga na produção em massa e na explosão das comunicações uma real aglutinação de poderio econômico e de capacidade de defesa judicial das grandes corporações em contraponto à vulnerabilidade do cidadão comum diante desse disparate desigual.

Tornou-se factível que a sistemática individualista e patrimonialista do processo civil clássico demonstra-se obsoleta à nova realidade em alguns pontos, pois em muitas oportunidades os danos gerados à coletividade não são rebatidos pelo indivíduo, por falta de envolvimento político-cidadão, por desconhecimento jurídico, ou ainda, por qualquer outra motivação. Inexistindo punição frente ao dano coletivo, caracterizado recorrentemente como danos de pequeno montante na ótica individual, mas de vultosa magnitude, ao se observar as quantias financeiras envoltas, resulta-se em sensível enriquecimento ilícito, além da grave situação de ausência de resposta do poder estatal ao quadro de beligerância social.

Assim, se fez necessário uma resposta do mundo jurídico aos problemas enfrentados pela realidade fática, o que fez incidir no rol já conhecido dos direitos novas situações jurídicas hoje denominadas de direitos transindividuais. Além disso, apontam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart¹⁸ que, somado ao incremento de novos direitos, ocorre também uma nova interpretação acerca dos direitos antigos, a exemplo da constitucionalização do direito privado e da relativamente recente incidência da função social no tocante ao direito de propriedade.

Esses autores firmam como novidade experimentada pelo processo, em sua

¹⁸ ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed., v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 237-238.

dimensão coletivista, a legitimidade diversa da encontrada no processo civil clássico, pautada no conceito de titularidade, ou seja, o ideário vinculador do ingresso em juízo mediante ação competente para sanear uma lesão jurídica à imprescindibilidade da pertinência subjetiva com o dano afirmado. Em outros termos, cabe unicamente à figura individual experimentadora do prejuízo ao seu direito a defesa em juízo, não havendo possibilidade de um órgão realizar tal feito em representação aos interesses da sociedade quando tratar-se de um bem coletivo pertencente de maneira concomitante ao patrimônio individual lesionado. Outra especificidade encontrada nessa nova realidade processual refere ao efeito da decisão judicial obtida por coisa julgada material, que não terá em ação coletiva apenas o efeito interpartes, devendo alcançar todo o corpo social titular do bem jurídico tutelado, uma vez que se trata de mecanismo judicial que dispõe de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Como o direito é produto de uma sociedade em contínua transformação, o aspecto solidário do processo coletivo revela uma dimensão do anseio social pela inclusão e participação nas instâncias decisórias da vida cotidiana e, ao mesmo tempo, representa um crédito valorativo dado pela sociedade ao sistema judicial para que este inclua em sua pauta de atuação as necessidades vitais da população. Nesse sentido alerta Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior¹⁹ que a inclusão dos direitos coletivos no rol dos direitos fundamentais por parte do legislador constituinte de 1988, ao incluir no Capítulo I do Título II a disposição “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” tem-se uma revelação de que esse ideal de participação efetiva da população na busca pela tutela aos direitos transindividuais deve ser revertido em realidade.

A doutrina atualmente elabora um arcabouço teórico atinente ao microssistema processual coletivo, levando-se em conta toda a pluralidade de legislações esparsas que cuidam dos princípios e normas de matrizes processuais à margem do Código de Processo Civil, a exemplo da nova lei do mandado de segurança, que possibilita a utilização desse mecanismo judicial em sede de ação coletiva, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. O microssistema do processo regido pela legislação clássica cuida por embasar-se em

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.42.

padrões individualistas de persecução judicial a danos jurídicos, logo, fez-se necessário, com o despontar das novas demandas sociais conflitivas, um processo que englobe as recentes formas de choques de interesses a partir de considerações principiológicas diversas que surgem no âmbito do processo coletivo.

A doutrina mais abalizada e avançada no âmbito dos estudos da temática processual coletiva enxerga no Código de Defesa do Consumidor um diploma legal que abarca a tutela transcendental ao individualismo até então reinante na processualística clássica, convergindo tais considerações acadêmicas no sentido da afirmação da Lei 8078/90 como sendo o Código de Processo Coletivo Brasileiro. A legitimidade jurídica desse diploma legal é cedida pelo texto constitucional, que em seu artigo 5º, inciso XXXII e artigo 48 do ADCT prevê a necessidade impositiva de se criar uma legislação que ofereça ao consumidor uma tutela efetiva frente à desigualdade de armas nas relações de trato consumerista.

Ao considerar as inovações trazidas a feito pelo Código de Defesa do Consumidor no que concerne ao processo coletivo e individual Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior²⁰ estipulam como pertinente o caractere legal relativo ao princípio da competência adequada, pelo qual há a possibilidade de fixação de competência judicial a partir da localidade do domicílio do consumidor autor ou a capital do Distrito Federal ou dos Estados para ações de âmbito nacional ou regional, configurando assim uma intenção legislativa de acesso à justiça louvável.

Além disso, o autor ressalta ainda que a transformação pontual do diploma legal que regulamenta e instrumentaliza a Ação Civil Pública para assegurar a homogeneidade dispositiva entre a própria lei 7347/85 à lei 8078/90 (CDC), juntamente com a previsão de normatização da aplicabilidade residual do Código de Processo Civil nas ações coletivas conferem ao texto do Código de Defesa do Consumidor o status de lei organizadora de um microsistema processual coletivo no âmbito do sistema normativo pátrio.

A noção de microsistema de processo coletivo é endossada pela doutrina pátria não obstante o veto dado pelo Poder Executivo ao artigo 89 do Código de Defesa do Consumidor ser efetivado com o intuito de contrariar a aplicação do próprio CDC às outras ações que visem tutelar direito transindividual. Assim, percebe-se que a intenção legislativa originária era a de se aplicar os ditames

²⁰ Ibidem, p. 47-48.

processuais contidos no CDC em ações como a Ação Civil Pública, Ação de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo e o próprio mecanismo judicial objeto do presente trabalho, qual seja a Ação Popular.

De toda forma, o caráter sistêmico do Código Consumerista em relação aos modelos de ações coletivas não foi fulminantemente afastado pelo veto presidencial, haja vista restarem intactas as menções da lei do consumidor em relação à LACP, fazendo incidir nesta as modificações necessárias ao aperfeiçoamento legislativo e à prática judicial, o que se constata nos artigos 110, 111 e 117 do CDC. Dessa forma, nas demais ações coletivas deve o Poder Judiciário ter como lei procedimental de referência o Código de Defesa do Consumidor, pois esse diploma normativo cuidou de realizar a unificação dispositiva necessária da Lei da Ação Civil Pública à nova sistemática processual coletiva.

Assim as novas realidades sociais em contínuas e complexas transformações necessitam de diplomas legais que busquem abarcar as modalidades de conflitos que surgem no processo histórico e social. Nesse ínterim, a sistemática coletiva do processo judicial desponta como possibilidade de responder positivamente às demandas cotidianas, a partir de um novo enfoque não mais individualista dada a sociedade de massas na qual está inserida.

Autores da boa doutrina processual, a exemplo de Rodrigo Mazzei, em obra coletiva organizada por Didier²¹, asseveram que os microssistemas consistem em “leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais”. Dessa forma, abandonado por ora o ideal utópico de completude na norma jurídica devido à inevitável inovação casuística experimentada pela realidade concreta, se aceita a falibilidade do processo civil clássico enquanto único instrumento legal a dispor acerca da solução judicial de demandas judiciais, sendo de suma importância o chamamento de outros diplomas legais à baila. Daí aparece a discussão doutrinária sobre o fenômeno da descodificação e recodificação dos diplomas frente à realidade social.

No que tange à tutela jurisdicional de direitos, o microssistema engloba tanto normas jurídicas atinentes ao direito processual coletivo, representadas pelos instrumentos de persecução no âmbito dos tribunais, como a Ação Civil Pública e a

²¹ DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 376.

Ação Popular, como também normas substantivas de direito, ou como preferem alguns, o próprio direito material positivo. Ao se falar em tutela coletiva de direitos instrumentalizada por microssistema normativo, então, deve-se ter em consideração as ações coletivas em si juntamente com os direitos coletivos em sentido amplo, subdivididos em coletivos estritos, difusos e individuais homogêneos, a serem esmiuçados *a posteriori*.

Dessa forma, aparece o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça em favor da existência desse sistema normativo apartado do sistema convencional de solução de lides, qual seja, o microssistema de tutela de massas ou microssistema de tutela coletiva. A jurisprudência segue no seguinte sentido:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor (...) compõem um microssistema de tutela de interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se (RESP 510.150/MA, 1ªT., Rel. Min.º Luiz Fux, DJU de 29/03/2004).

A argumentação de matriz estritamente legalista pela real ocorrência do sistema de tutela coletiva, em preferência ao sistema clássico do processo tradicional, é pautada nas referências inter-legislativas entre o diploma ápice da defesa do consumidor e a lei da Ação Civil Pública, mais notadamente nos artigos 90 e 117 do CDC. O primeiro possui a escrita no sentido da aplicação no âmbito da defesa judicial do consumidor, disposta no Título III da citada lei, das disposições presentes no Código de Processo Civil e na lei 7347/85 nas situações onde não haja contrariedade de disposições. A posterior zona de toque entre os dois institutos normativos que, somados a outras normas, constituem o microssistema coletivo é flagrada no instante em que o CDC, em seu artigo 117, alterou a escrita da lei da ACP no que tange ao seu artigo 21 para que sejam aplicadas à defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos as normas presentes no mesmo Título III da lei 8078/90.

Em conformidade com a observância às referências principiológicas do direito no que concerne o respeito às especificidades de cada microssistema jurídico, é aceita a aplicação ampla e prioritária da sistemática coletiva no âmbito da defesa judicial de direitos coletivos em sentido amplo. Ao ser considerado o sistema jurídico um complexo normativo formado por diferentes fontes legais de legitimidade,

onde há importantes zonas de contato e influência contínuos, faz-se necessário o entendimento no sentido da aplicação apenas residual de outro sistema normativo.

Assim, a processualística clássica evidenciada no CPC, em eventual ausência de disposição normativa diante de questões saltitantes na dinâmica social, mostra-se pautada em valores não referendados pelo processo coletivo, mais notadamente o individualismo reinante na tutela individual de direitos. Esse é o posicionamento de Rodrigo Mazzei²²:

[...] somente se aplicará o Código de Processo Civil em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o microsistema coletivo de preencher o vácuo.

Percebe-se que a análise dos instrumentos tidos em mãos do aplicador do direito deve ser ainda mais cuidadosa, pois a ausência normativa deve ser sanada não pela aplicação mecânica do fato à norma, mas a partir do reconhecimento de um sistema processual que pretende salvaguardar o interesse social sob uma ótica da própria sociedade, e não mais a anterior ótica individual.

A prática que prima por uma atuação convergente com os princípios norteadores do processo coletivo é conferida pela própria legislação vigente, uma vez que a Lei de Introdução ao Código Civil (decreto-lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942) estipula o entendimento favorável à especificidade da lei no caso concreto, em detrimento à outra legislação que possua caráter generalista. Portanto, primou-se pela aplicação preferencial da lei que regula matéria específica de maneira prioritária a outro sistema normativo, o que faz com que seja razoável o entendimento da aplicação residual do CPC em momento de lacuna das legislações do microsistema de tutela coletiva, dado o conteúdo principiológico diferenciado de cada arcabouço normativo processual.

2.2 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e Patrimônio Cultural Religioso

Como dito acima e aceito amplamente pela doutrina atuante nesta seara do

²² Ibidem, p. 382.

pensamento jurídico, o Código de Defesa do Consumidor, assim como o próprio texto constitucional de 1988, se apresenta como divisor de águas quando se cuida de tutela jurídica de direitos que transcendem a unicidade subjetiva, consistindo em marco importantíssimo à relação processual. Esse diploma normativo cuidou de distinguir conceitos antes tidos como embaçados, mas que eram de imprescindível substância para a configuração de uma ordem jurídica que concedesse cabimento à tutela coletiva, pois a ciência do que vem a ser o direito material se mostra peça fundamental para a efetivação de uma defesa judicial de direitos.

Tais elementos conceituais faltantes ao ordenamento jurídico pátrio de então foram sanados com a inclusão e vigência da lei 8078/90, que estabeleceu as devidas diferenciações entre direitos coletivos em sentido amplo (*lato sensu*). Esse ramo de direito material consiste na verdade em um gênero formado elementarmente por espécies que são os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No dizer da supracitada lei, mais notadamente em seu artigo 81 e incisos que seguem seu parágrafo único, os direitos e interesses difusos são compreendidos pelos direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias fáticas. Logo, os direitos difusos são caracterizados por sua indivisibilidade, ou seja, apenas são visualizados como um todo ou como único direito cujos portadores são sujeitos jurídicos indeterminados que possuem ligações entre si devido a situações sociais fáticas.

Conforme a expressa disposição presente no artigo 103, I da Lei 8078/90, o peso da coisa julgada atinge de maneira uniforme todos os destinatários do direito material difuso, uma vez que afirma a lei tratar-se de ato de eficácia erga omnes a decisão que verse acerca dessa espécie de direito. É excetuada tal eficácia quando o pedido é tido como improcedente pelo juízo embasado em insuficiência de provas, situação que faculta a qualquer legitimado a ingressar com nova ação com o mesmo fundamento de maneira a englobar aos novos autos provas suficientemente necessárias aos feitos processuais.

Os direitos coletivos em sentido estrito constituem os direitos cuja titularidade pertence a mais de uma pessoa de maneira a transcender à mera individualidade, possuindo também a característica da indivisibilidade, logo não havendo a necessidade de sua estipulação como um todo, dada a sua titularidade.

São sujeitos portadores dos direitos coletivos os grupos, categorias ou classes de pessoas que possuam entre si ou com a parte contra quem se alega eventual dano uma relação jurídica base, de maneira que esse grupo humano possua determinação possível pela aferição do caso concreto.

Revele-se que é possível que em um dado direito coletivo a população que goza a sua titularidade não seja conhecida de imediato, porém seu conhecimento deve ser sempre possível. Daí dizer-se que os portadores desses direitos podem ser indeterminados e ao mesmo tempo determináveis, a exemplo de uma tribo indígena desconhecida da sociedade brasileira, mas que possui o direito de auto-afirmação de sua identidade cultural enquanto direito coletivo dessa tribo.

Nota-se que tanto na matriz coletiva em estrito senso como nos direitos difusos as noções conceituais de transindividualidade e indivisibilidade do patrimônio jurídico material aferível na relação processual coletiva consistem em pontos de convergência e ligação encaixados no sistema pelo legislador brasileiro. O primeiro caractere aproximador dos direitos em tela remete à superação do ideário individualista de busca de defesa judicial ao patrimônio jurídico violado.

Acerca da indivisibilidade tangente aos direitos difusos e coletivos Celso Antonio Pacheco Fiorillo²³ em seu Curso de Direito Ambiental avalia esta especificidade de modo a fazer com que tais direitos pertençam a um conjunto de indivíduos, sem haver um em específico que goze dessa titularidade. Nesse sentido, a efetividade, assim como o desrespeito aos direitos difusos e coletivos, atinge ou atormenta todo o corpo social, de maneira que reflexamente há interesse de toda a coletividade nas considerações acadêmicas referentes a essa prática jurídica quando esta prime pela efetividade do patrimônio jurídico e pelo óbice aos danos a ele perpetrados.

Particularmente nos direitos difusos tem-se a indeterminação dos sujeitos titulares como ponto de sensível diferenciação em relação às demais formas de direito coletivo lato sensu. Assim, não é possível a precisão exata das pessoas que detêm a prerrogativa de exigir determinados comportamentos que primem por seu patrimônio jurídico. Porém a lei estipula que existe uma circunstância de fato que une tais personagens indeterminados, sem haver nas palavras da lei, no entanto, uma necessária relação jurídica traçada entre si ou com a parte adversa, conforme

²³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55

presenciado nos direitos coletivos em sentido estrito.

Diversamente, os direitos coletivos são configurados por uma titularidade que toca apenas pessoas determinadas, ou seja, é possível conhecer os sujeitos de direitos coletivos conferidos pela ordem jurídica mesmo que não seja de maneira instantânea.

O Código de Defesa de Consumidor foi além ao criar uma categoria de direito coletivo enquanto gênero atinente aos direitos individuais homogêneos, que nas palavras da lei consistem na modalidade jurídica que decorre de uma origem comum. Para efeito prático, percebe-se que o texto normativo do artigo 81 da lei 8078/90 não confere um embasamento claro que enseje em uma tutela coletiva dotada de efetividade, daí é notável a contribuição da doutrina processual coletiva com o intuito de concessão suporte teórico para firmamento de ações que visem à tutela de direitos individuais homogêneos.

É perceptível que a inclusão dessa matriz específica no rol dos direitos coletivos se fez devido à possibilidade de tutela coletiva desse ramo de direito material. No entanto, se trata de direitos individuais que, devido à padronização das relações em uma sociedade de massas, podem ser buscados junto ao Poder Judiciário via ação coletiva, dado o sensível incremento das lesões na realidade cotidiana.

Segundo Fredie Didier Jr.²⁴ é decorrente essa nova espécie de direito da prática judicial norte-americana, mais especificamente nas ações denominadas naquele ordenamento jurídico alienígena *class action for damages*. Acrescenta ainda o autor, citando Antônio Gidi²⁵, em seu livro *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, que os direitos individuais homogêneos representam uma “ficção jurídica” tendente a assegurar a proteção coletiva aos direitos individuais em certas ocasiões em que a lei os estipula na dimensão coletiva.

Para a boa doutrina especializada, os termos “origem comum” vinculados aos direitos individuais homogêneos possuem significação no sentido de tais direitos advirem de uma mesma circunstância danosa ou de ameaça a direito, de modo que não é imprescindível à relação jurídica que haja unicidade temporal ou espacial no

²⁴ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. v. 4. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.76.

²⁵ GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20.

âmbito dessas violações ou ameaças, e sim que haja homogeneidade na conduta causadora da relação jurídica. Assim, há que se falar em direitos individuais a serem tutelados judicialmente através do processo coletivo devido à origem comum dos danos e ameaças ao patrimônio jurídico em questão, fornecendo como vantagem a economia processual e a efetivação do primado de acesso à justiça.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, ao englobar os direitos individuais ligados por origem comum a serem tutelados coletivamente, não exigiu que os titulares individuais desse patrimônio jurídico fossem pessoas que tenham laços sociais ou estejam em proximidade geográfica, e sim que apenas da situação de dano apareça um contexto de homogeneidade entre as posições jurídicas de vantagem. Dessa forma, atuação positiva ou permissiva da figura subjetiva efetivadora do dano material, em sua conduta junto aos portadores dos direitos individuais homogêneos lesados, apresenta uma proximidade jurídica entre os danos perpetrados em sua acepção individual.

Em conformidade aos outros modos de apresentação de direito coletivo enquanto gênero acima dispostos, a eficácia do julgado referente aos direitos individuais homogêneos é erga omnes, pois assim estipula a própria lei 8078/90. Assim, os efeitos da coisa julgada desses direitos individuais defendidos coletivamente devem patrocinar todos os sujeitos desses direitos ora analisados nos casos de procedência do pedido, por ser neste sentido a disposição do CDC no seu artigo 103, III.

Antes de o posicionamento ser firmado pelo órgão jurisdicional há uma apresentação de uma demanda que se segue por um pedido judicial que seja de bom proveito a um grande número de pessoas que foram substituídas na relação processual. Em caso de a sentença judicial for favorável ao tema pleiteado, serão liquidados os danos aos direitos individuais homogêneos, de modo que a indivisibilidade desse direito será relegada pelo ato judicial de liquidação do dano.

Nesse mesmo sentido segue o importante apontamento feito por Fredie Didier e Hermes Zaneti²⁶, quando firmam que as particularidades de cada caso concreto devem ser consideradas na fase de execução processual, mais especificamente no âmbito da liquidação de sentença de direitos homogêneos

²⁶ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. v. 4. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 78.

trazida pelo CDC, onde tais casuísmos serão relevados de maneira separada.

Dessa forma, dividem os autores a persecução judicial atinente aos direitos individuais homogêneos em três fases, sendo a primeira relativa ao conhecimento do ato que fere tal patrimônio jurídico, a segunda consiste no momento de liquidação e execução individual na qual há a possibilidade de transmissão de valores obtidos no bojo da ação coletiva em favor dos portadores dos direitos lesados de maneira a se individualizar esses danos. A terceira e última fase é responsável pela execução e liquidação coletiva, onde se dará o rateio em favor do fundo criado pela lei da Ação Civil Pública chamado de Fundo de Direitos Difusos.

2.3 A Ação Popular e seus aspectos processuais relevantes

Implementada pela lei 4717 de 29 de junho de 1965 a Ação Popular aparece em nosso sistema jurídico-normativo como elemento ensejador da democracia participativa, pois configura uma tendência no sentido de se conferir ao cidadão comum um amplo protagonismo na fiscalização de questões de sumo interesse social, tais como o patrimônio público, a moralidade administrativa e o meio ambiente, em suas diversas formas de apresentação. Dessa forma, o viés político dessa ação coletiva desponta como elemento de grande relevância diante da tentativa de conceituação inicial, pois outro não é o intuito inclusivo de ações que envolvam os diversos atores sociais historicamente excluídos dos feitos decisórios que não a pauta de legitimidade do próprio direito.

Nesse íterim aparece a Ação Popular enquanto instrumento judicial de embasamento principiológico na soberania popular, uma vez que o próprio texto constitucional, elemento jurídico assegurador dessa ação, firma em seu artigo primeiro que todo poder emana do povo e deve em seu nome ser exercido, de modo que consiste tal feito judicial em prática que tende a inclusão de todo o povo no significativo papel de fiscalização diante dos assuntos que assolam seu interesse cotidiano.

José Afonso da Silva²⁷, em monografia acadêmica acerca da Ação Popular,

²⁷ SILVA; José Afonso da. **Ação popular constitucional**. Doutrina e processo. São Paulo: 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.77.

citando Seabra Fagundes²⁸, enxerga esse mecanismo do processo civil como direito público subjetivo, autônomo do direito material, dotado de abstração e generalidade e enquadrado dentre os direitos políticos. Então para tais renomados autores é a ação em questão uma verdadeira faculdade que assiste os cidadãos de maneira independente do direito material ventilado em seu bojo e do posicionamento estatal acerca do mérito final estipulado pelo órgão jurisdicional.

O mesmo constitucionalista citado primeiramente no parágrafo acima firma seu entendimento para ver a Ação Popular vinculada não ao inciso XXXV do artigo 5º da Carta Política, mais notadamente ao princípio constitucional de inafastabilidade de jurisdição, pois esse instituto processual possui legitimidade própria advinda de uma norma específica da Constituição Federal, qual seja o inciso LXXIII, também do quinto artigo. A inafastabilidade de jurisdição possui ligação com a tutela de direitos individuais em juízo, sendo a ação específica estudada uma estrutura processual criada a partir do intuito de defesa coletiva de determinado patrimônio jurídico e social considerado em sua dimensão ampla e complexa.

A Ação Popular possui ligação estreita com o Estado Democrático de Direito, uma vez que admite em sua produção judicial a participação protagonista dos sujeitos de direitos presentes no povo diante do desafio de fiscalizar qualquer atuação pessoal ou institucional que venha a lesionar o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente ou o patrimônio histórico-cultural. Assim, esse instrumento da processualística de embasamento constitucional revela-se como forma de composição de interesses entre o interesse coletivo e o interesse individual pautado pela valoração cidadã, ou seja, na ação em análise não ocorre uma sobreposição dos valores socialmente relevantes sobre os individuais uma vez que ambos são necessários, por tratar-se a Ação Popular uma faculdade coletiva.

Por ser um mecanismo instrumental de tutela a direito coletivo em sentido amplo que retira do próprio texto constitucional sua legitimidade jurídica é de incomensurável importância a leitura do artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal. Segundo essa norma, é plenamente cabível a Ação Popular para se propor obstáculo judicial à atuação danosa ao patrimônio público, entidade de que o ente estatal seja parte, moralidade administrativa, meio ambiente ou ao patrimônio histórico ou cultural, sendo a Ação Popular proposta por qualquer do povo.

²⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da ação popular**. Revista de Direito Administrativo 6/1 a 19.

O texto normativo dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima” para propô-la, daí se evidencia a intenção legislativa de vincular essa ação à concepção de cidadania, ecoando a partir daí a importância jurídica e simbólica desse instituto processual coletivo.

Buscando-se as contribuições de outras fontes doutrinárias, são encontrados posicionamentos que vislumbram na ação estudada um mecanismo de intervenção popular nos rumos dados pelas autoridades ao patrimônio público em sentido amplo, o que envolve os direitos culturais. Assim, por esta visão, resta mitigado o ideário individualista antes reinante de que cada violação a direito legitimaria uma atuação judicial por parte de quem detinha tal direito ou de seu representante legal.

Dentro de uma concepção teórica mais tradicional, sobressai a opinião de Hely Lopes Meirelles²⁹, um dos idealizadores do diploma legal que dispõe sobre a normatividade processual aplicada à ação em questão. O administrativista enxergava a Ação Popular como um instrumento posto nas mãos do cidadão com o condão simplório de se obter a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público ou de pessoas jurídicas subvencionadas por renda pública.

Percebe-se na conceituação uma evidente diminuição do papel do instituto em tela frente ao disposto pelo legislador constituinte de 1988, decorrente do avanço histórico refletido no texto constitucional, uma vez que este é uma consequência de uma carga valorativa socialmente aceita e que passa ter juridicidade com a atividade legislativa.

Já Rodolfo Camargo Mancuso³⁰, autor mais contemporâneo, vê a Ação Popular enquanto mecanismo judicial a ser intentado por qualquer um do povo que pretenda a defesa judicial de interesses metaindividuais abarcados pela Constituição, como a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio público, onde se inclui patrimônio o artístico, histórico e cultural.

André Ramos Tavares³¹ afirma a Ação Popular como mecanismo de

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 17. ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996, p.85.

³⁰ MANCUSO; Rodrigo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4. ed., rev. atual. ampl. Revistas dos Tribunais: São Paulo: 2001, p. 46.

³¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.874-875.

participação política através do ingresso judicial diante do Poder competente para efetivar-se a invalidação de ato ou contrato administrativo estabelecido por instituição disposta pela legislação e pela Constituição quando existente ameaça ou violência aos bens jurídicos mencionados no parágrafo acima. Dessa forma, para o autor compete à lei ordinária dispor sobre as pessoas que podem figurar no pólo passivo da relação processual estabelecida com a impetração da ação quando não for esmiuçado pelo legislador constituinte em *numerus clausus*.

Porém, a Constituição Federal é suficientemente clara ao abraçar o entendimento de que qualquer ato afrontante ao patrimônio coletivo deve ser afastado mediante Ação Popular. Se o Texto Político não firma como pólo passivo da relação processual apenas as pessoas políticas da nossa República Federativa, não cabe tal feito ao doutrinador. O próprio autor reconhece a falta de disposição legal referente ao tratamento judicial a ser dado ao patrimônio cultural, reconhecendo posteriormente que a diretriz, diante dessa lacuna, deve ser inevitavelmente a Constituição, sustentando que a análise do bem jurídico a ser levada ao debate judicial depende da razoabilidade do juízo, a ser exercida no caso concreto.

A ação em debate é, além de instrumento da democracia direta, uma garantia constitucional de natureza civil e política, conforme explicitado por José Afonso da Silva³². Enquanto garantia constitucional é caracterizada por possuir a destinação jurídica de salvaguardar direitos fundamentais por ocasião de um Estado Democrático de Direito, de forma que a simples formalidade afirmadora da existência desses direitos não resta como suficiente para sua efetividade no campo sociológico.

Por possuir estreita ligação com o dirigismo estatal referente ao patrimônio coletivo, a Ação Popular apresenta um inequívoco viés político por ser mecanismo de intervenção popular mediante a fiscalização da coisa pública. A questão política dessa ação remete ao papel participativo do cidadão, o que consiste em uma evidente tendência favorável à democracia direta, pois o instrumento jurídico-processual consiste em uma verdadeira oportunidade dada pela Constituição ao cidadão em fiscalizar os atos que atingem toda a sociedade, em inversão à situação da cotidiana de representatividade de interesses.

No entanto, não se tem a ação como direito político em si, sendo sim um mecanismo de participação política, logo uma garantia constitucional acerca de

³² SILVA; José Afonso da. Op.cit., p. 83.

direito fundamentais referentes a questões tocantes ao interesse geral, além do que não está a Ação Popular a figurar entre os direitos dispostos no artigo 14 da Constituição Federal, o qual circunscreve os direitos políticos ao voto direto, secreto e de igual valor, ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular. Não se nega que através da Ação Popular é dado livre ingresso do cidadão ao jogo político qualificado pela soberania popular, não havendo, porém na ação específica enquadramento entre os direitos políticos.

Portanto, o citado instrumento processual é visto como uma manifestação judiciária da soberania popular, e não uma manifestação política dela, assim como o são os direitos políticos exercidos frente à qualidade soberana poder político estatal.

A ação sob análise genericamente possui como objeto imediato a anulação de atos que corrompem o patrimônio público ou das entidades onde o ente público tem participação, lesionem a moralidade administrativa, o meio ambiente, para efeitos deste trabalho visto em sua acepção ampla, o que inclui o patrimônio histórico-cultural e o equilíbrio ecológico. Isso se dá, pois o meio ambiente é encontrado nas modalidades natural, artificial, cultural e o do trabalho, de acordo com a doutrina do direito ambiental.

Quando se considera a legitimação ativa enquanto pertinência subjetiva de ingresso judicial via Ação Popular está-se diante de um tema controvertido na doutrina pátria. Isso ocorre porque o texto constitucional indicou que é parte legítima na propositura da ação qualquer cidadão, de maneira que o ser cidadão pode assumir diversas significações que restrinjam ou alarguem a eficácia jurídica desse instrumento processual de tutela coletiva. A lei 4717/65, em seu artigo 1º traz como detentores da legitimação tratada aqui as pessoas que tenham título de eleitor ou documento que lhe equivalha.

Percebe-se que o ideário de cidadania, pela disciplinada lei da Ação Popular, permaneceu vinculado à prática cotidiana do voto no momento da inclusão desse diploma normativo no ordenamento jurídico pátrio. Assim, apenas o exercício do voto seria a prova cabal do efetivo desempenho da cidadania, enquanto valor socialmente valorado. Ficariam apartados dessa definição de cidadania todos do povo que não detivessem título eleitoral ou que não estivessem quites com a Justiça Eleitoral, estando, pois excluídos do ingresso judicial da ação em questão.

Apesar de na doutrina pátria haver quase um consenso acerca da legitimidade ativa da Ação Popular ligada à apresentação comprobatória de inscrição

eleitoral, para efeito desse trabalho é defendida uma maior difusão dessa legitimidade, haja vista a lei 4717 ser datada do ano de 1965, período de descompasso em relação ao momento democrático da Assembléia Constituinte de 1988. Assim, dizer que o termo “cidadão” referido no artigo 5º, LXXIII da Constituição é sinônimo de gozo de direitos políticos, ostentados pela apresentação de título eleitoral, é tentar encaixar a Carta Política a uma lei que não se pautou pelos princípios adotados pela ordem constitucional.

Diferentemente a isso, tem-se no texto de 1988 o ideal de cidadania sensivelmente mais amplo que o simples exercício do voto, uma vez que este valor cidadão refere a possibilidade real de participação do indivíduo na condução da coisa pública, remetendo ao papel protagonista do ser individual no meio social, o que por sua vez não resta unicamente vinculado às eleições.

Além disso, a Constituição possui hierarquia normativa superior, o que faz suplantar qualquer eventual falta de unicidade do discurso jurídico no interior do ordenamento normativo, resolvendo-se a incongruência em possível inconstitucionalidade da lei ou pela averiguação da não recepção de normas. Esta última é que detem aplicabilidade diante da não compactuação valorativa entre a lei 4717/65 com a Carta Magna.

Nesse mesmo posicionamento Fernando Azevedo Alves de Brito³³, ao firmar que o texto constitucional pretendeu com a inclusão dos termos “qualquer cidadão” conceder a legitimidade ativa a qualquer pessoa física que goze de cidadania e não apenas dos direitos políticos. O mesmo é o entendimento desse trabalho monográfico, de maneira que a pessoa jurídica não foi contemplada na ação constitucional estudada. Quanto aos estrangeiros residentes no país, por lhe haver no caput do artigo 5º menção expressa, não se vislumbra o porquê da negativa de ingresso judicial via Ação Popular, não sendo possível a confusão conceitual entre cidadania e nacionalidade.

Segundo José Afonso da Silva³⁴, a “legitimação passiva para a causa refere-se à qualidade daquela pessoa que deve suportar o ônus da propositura da demanda”. Se a estipulação da legitimidade passiva da Ação Popular for feita de maneira acomodada, ou seja, considerando apenas a lei cega, serão aceitos apenas

³³ BRITO, Fernando de Azevedo Alves. **Ação popular ambiental**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Nelpa, 2010, p.124.

³⁴ SILVA, José Afonso da, op. cit., p.160.

como prováveis sujeitos passivos da ação as figuras dispostas no artigo 6º da LAP, quais sejam: autoridades, funcionários e administradores que realizarem a prática, autorização, aprovação ou ratificarem o ato impugnado pela ação ou que omissivamente derem a oportunidade à lesão; os beneficiários diretos dessa lesão; e finalmente as pessoas físicas ou jurídicas citadas pelo artigo 1º do diploma normativo referido.

Tais pessoas físicas e jurídicas enumeradas por esse último artigo supracitado são União, Estado, Distrito Federal, Municípios, entidades autárquicas, sociedades de economia mista, sociedades mútuas de seguro onde a União representa os segurados ausentes, empresas públicas, serviços sociais autônomos e as fundações ou instituições em que os cofres públicos possuam participação no custeio.

Dessa forma, despontaria um óbice à tutela ambiental, ao patrimônio cultural e histórico e à moralidade administrativa, pois a legitimidade passiva restaria diminuída do que foi disposto pelo legislador constituinte, uma vez que notadamente existe uma tendência legal em maior favor à tutela ao patrimônio financeiro das pessoas jurídicas de direito público. Nesse ínterim, o papel das pessoas físicas privadas nas situações dispostas pela LAP aparece sempre vinculado ao exercício de função pública, o que inviabiliza a atuação da Ação Popular que vise tutelar os demais objetos trazidos pela Assembléia de 1988 nas situações mais diversas do cotidiano social.

Ao se considerar a Ação Popular Ambiental que pretende em sua demanda afastar desequilíbrio ecológico ou eventual dano ao meio ambiente cultural, percebe-se que o Poder Público pode não possuir qualquer ligação com a violação desses direitos coletivos em sentido amplo, o que por si só não tem o condão de frear esse mecanismo processual. Assim, o patrimônio ambiental, histórico e cultural deve ser tutelado independentemente de que ator social o danifica ou ameaça, estando ele vinculado ou não à Administração Pública e sendo ou não pessoa física, nesse sentido defende Brito³⁵.

³⁵ BRITO, Fernando de Azevedo Alves, op. cit., p.138.

3 EFETIVIDADE DA AÇÃO POPULAR EM DEFESA DO PATRIMÔNIO AFRO-DESCENDENTE

3.1 O Patrimônio Cultural Afro-descendente enquanto direito difuso

Em conformidade aos apontamentos sobre o patrimônio cultural, dispostos no capítulo primeiro do presente feito acadêmico, tem-se a cultura enquanto patrimônio imaterial de uma sociedade em transformação contínua. Juntamente a isso se soma a definição constitucional que vincula esse patrimônio à prática social ligada à memória e à identidade nacionais, a partir do enfoque cedido pelo artigo 216, CF. Dessa forma, por ser um complexo valorativo ligado ao patrimônio social, a cultura consiste em algo que transcende ao indivíduo em sua conceituação simplória, o que por sua vez a aproxima de maneira a enquadrar-se perfeitamente aos direitos difusos.

O artigo constitucional citado, em seu parágrafo primeiro, preceitua a tutela jurídica do Poder Público, com a colaboração da comunidade, ao todo patrimonial pertencente à sociedade brasileira. Assim, pressupõe-se que essa defesa necessita de uma atuação uníssona entre Estado e sociedade, além de não discriminar as diversas formas de manifestações culturais levadas a feito por grupos sociais historicamente excluídos dos ganhos obtidos com os processos econômicos e sociais.

As práticas religiosas de origem africanas e populares são enquadradas nos processos tidos como excludentes enquanto práticas que ameaçam a hegemonia cultural em uma sociedade plural como é a realidade brasileira. Diante dessa realidade, o enfoque das práticas religiosas ligadas ao fazer cultural popular enquanto direito à diversidade, logo direito difuso transindividual, desponta como elemento essencial para uma construção de um convívio mais tolerante às diferenças.

Se a umbanda, o candomblé e a jurema, juntamente com a complexidade do patrimônio religioso popular brasileiro, aparecem firmados entre os valores que concedem à sociedade brasileira o justo título de sociedade plural, essa religiosidade aparece como fundamental a toda a população, seja ela ligada ao catolicismo, ao protestantismo ou não professe religião alguma. Logo, trata-se de algo que não fica

restrito aos negros ou aos indígenas, estando evidentemente estes envolvidos nesse discurso emancipatório e possuindo sincero interesse com a temática da sua liberdade religiosa.

Contudo, não se nega o caráter coletivo do direito à efetividade das práticas religiosas, ou seja, tais manifestações culturais também são direitos coletivos notadamente das pessoas que pertencem a essa crença, no caso em análise os seguidores dos cultos afro-brasileiros. Assim, a religião sob o enfoque da tolerância à sua prática também pode ser encarada enquanto direito coletivo cuja titularidade pertence a todos os quais professam essa fé.

Uma visão global do patrimônio cultural no qual restam submersas as práticas religiosas afro-brasileiras confere a concepção de que essas práticas excluídas de qualquer grande marketing religioso devido a sua origem histórica submersa pela opressão consistem em verdadeiro patrimônio imaterial da sociedade brasileira, quando esta se pretende democrática. O próprio texto constitucional é claro ao firmar que os fazeres populares ligados à identidade e à memória coletiva devem ser tutelados por se enquadrarem no patrimônio cultural.

Acerca da possível contenda doutrinária referente a ser o patrimônio religioso de origem africana um direito coletivo de titularidade dos grupos sociais que professam essa crença ou ser um direito difuso, por ingressar no patrimônio de toda a sociedade brasileira, despontam as considerações elaboradas por Nelson Nery Júnior³⁶ como embasamento das atuais considerações jurídicas. Para o renomado jurista a diferenciação entre direitos difusos, coletivos em estrito senso e individuais homogêneos se dá como necessária apenas para se conferir efetividade à tutela jurisdicional tocante à busca protetiva aos direitos lesionados, pois o que importa para a citada classificação “é o tipo de tutela que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”.

Para efeito do presente trabalho cuja temática básica consiste na conceituação da Ação Popular como mecanismo em defesa do patrimônio cultural religioso pertencente à sociedade brasileira a noção de direito difuso se enquadra de modo mais vantajoso tendo em vista o bem jurídico pertencer a toda população, qual seja a diversidade cultural estruturante em uma sociedade plural. Dessa forma a

³⁶ NERY Jr., Nelson; **Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 1232.

religiosidade é encarada enquanto patrimônio imaterial da sociedade, ou seja, direito transindividual difuso de um grupo social amplo por onde se percebe a natureza indivisível do bem jurídico e a natureza indeterminada dos sujeitos titulares dessa posição jurídica de vantagem.

Conforme dito nos capítulos anteriores, diante dos direitos difusos a indivisibilidade existe em razão de serem esses direitos visualizados como um único complexo jurídico, sem poder se falar em fragmentação uma vez que não pertence especificamente a uma única pessoa, e sim ao corpo da coletividade. Além disso, seus portadores são sujeitos jurídicos indeterminados que possuem ligações entre si devido a situações sociais fáticas.

Ao se considerar o patrimônio religioso de matriz africana, tem-se a mesma noção presente nos direitos difusos, pois se visualiza no atual trabalho jurídico que as práticas culturais ligadas à identidade social são encaradas sob a ótica mais ampla que vai além da noção de patrimônio apenas dos praticantes dos cultos afro, sendo, portanto, patrimônio nacional, logo direito cuja titularidade é indeterminada, ou seja direito difuso.

3.2 A plena adequação da Ação Popular para a defesa do Patrimônio Cultural Religioso Afro-descendente

A afirmação de a Ação Popular ser mecanismo processual dotado de possibilidade jurídica que prime pela tutela ao patrimônio cultural brasileiro com enfoque na religiosidade popular passa tanto pelo viés da conceituação de meio ambiente, como também pela própria referência constitucional expressa acerca da utilidade dessa ação no que tange à tutela do patrimônio histórico e cultural inserta no artigo 5º, LXXIII desse texto.

Explica-se melhor o afirmado acima ao se levar em consideração o que a doutrina ambientalista fornece em termos conceituais relacionados ao alcance da noção de meio ambiente, o que por sua vez acaba por incluir as modalidades de ambiente natural, artificial, do trabalho e o meio ambiente cultural. O outro viés que corrobora pelo citado entendimento é de matriz puramente de interpretação gramatical, onde se necessita apenas a inclusão da religiosidade popular enquanto elemento da cultura para aceitar-se a Ação Popular presente no art. 5º, LXXIII, da

Constituição como meio de tutela a essa religiosidade.

Assim, se a religião é parte integrante do fazer cultural do povo, conforme dito capítulos acima diante da definição de cultura, é plenamente possível dizer que esta religiosidade pertence ao conjunto valorativo descrito pela Carta Política como patrimônio cultural brasileiro, necessitando de uma tutela jurídica coletiva que pode ser efetivada através da Ação Popular. Juntamente a isso é somada a noção de historicidade presente nas práticas religiosas, por serem essas atuações culturais produtos de uma sociedade historicamente em transformação, logo possuem ingresso certo junto ao patrimônio cultural imaterial.

Para se ressaltar as religiões de matriz africana como atuação social produzida pela cultura do povo brasileiro, importa relembrar a definição do bem cultural no âmbito do presente trabalho. Assim conforme dito linhas acima, a cultura é compreendida enquanto dimensão social de produção e dispersão do conhecimento humano, constituindo-se em um processo, logo dotada de dinamicidade. Vista dessa forma, a religiosidade de matriz africana inequivocadamente possui em seu bojo um vasto conhecimento do fazer, técnico elaborado no âmbito de sua fé popular, sendo, portanto, um produto cultural a ser tutelado via Ação Popular.

Nessa discussão também desponta a relevância da religiosidade popular para a tentativa constante de entendimento da cultura e da própria sociedade local, além das questões referentes à identidade nacional. Somado a isso importa firmar que uma sociedade que se pretenda democrática e justa deve primar pelo ideal de auto-afirmação dos povos presentes nos mais relevantes diplomas normativos que versem sobre direitos humanos transindividuais.

Dessa maneira, resta certamente enquadrada a religiosidade entre as práticas da cultura, mesmo sendo os cultos afro-brasileiros recorrentemente compreendidos como atuações religiosas de segundo plano e tratados seus defensores em tom pejorativo. Esse tipo de preconceito excludente enseja a necessidade de políticas estatais que se traduzem em determinadas atuações judiciais de salvaguarda não apenas da liberdade de culto, mas também da cultura nacional.

Nesse viés a Ação Popular aparece como o mecanismo processual coletivo que mais se aproxima da sociedade detentora do patrimônio cultural que se visa defender, pois a sua legitimidade ativa, conforme analisado no capítulo pertinente, é

irrestrita a qualquer cidadão que se veja violado em direito transindividual. Logo, através da ação em tela, é plenamente possível afastar o dano à religiosidade causado pelo modelo de intolerância religiosa continuamente experimentado pelos que professam a fé afro-descendente.

No aspecto da legitimidade passiva, ou seja, ao se considerar quais os tipos de atos podem ser obstados com a utilização judicial da Ação Popular é palpável a possibilidade de tutela do patrimônio religioso a partir da leitura do preceito constitucional que visa à intangibilidade danosa ao patrimônio cultural. Logo, em mais esse aspecto a Ação Popular é viável ao se ter em consideração o conjunto de atitudes danosas à liberdade de culto e ao patrimônio cultural religioso ligado às raízes africanas.

Adentrando nas orientações doutrinárias atinentes ao conceito de meio ambiente que possui íntima ligação com a Ação Popular, vê-se de início que o presente elemento conceitual jurídico composto pelos dois termos base possui uma redundância aparente, pois a simples palavra ambiente por si só já apresentaria a definição de localidade onde se está submerso determinada realidade. Porém, autores da linha de José Afonso da Silva ³⁷apontam que a redundância possui uma finalidade prática de incluir na temática ambiental tanto o meio ambiente natural como também o meio ambiente artificial, ou seja, o protagonismo humano na transformação cotidiana.

Nessa definição mais abrangente aparece o patrimônio naturalmente considerado, exemplificado pelos recursos hídricos, fauna, flora, solo e ar, além do patrimônio produzido pela humanidade, dentre eles estão o cultural, histórico, paisagístico e arqueológico. Acerca dessa redundância Fernando Brito³⁸ diz com a devida razão que ela “amplia a fronteira dos objetos alcançados e abraçados pelo conceito agora abordado”, acrescentando que há um enlarguecimento da definição de meio ambiente que “alcança as próprias relações humanas entre o homem e seu meio, entre o homem e os demais seres vivos e entre o homem e o próprio homem”.

Importa nesse parâmetro conceitual sobre a acepção jurídica do termo composto pelas palavras “meio ambiente” a definição legal cedida pela lei 6938 de 1981, responsável por instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, conferindo ao

³⁷ SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 146-147.

³⁸ BRITO, Fernando de Azevedo Alves, op. cit., p.27.

ordenamento jurídico pátrio um conjunto de orientações acerca da atuação do Estado e da Sociedade no que tange o impacto resultante da existência humana frente ao meio ambiente natural. Essa lei em seu artigo 3º aponta que o meio ambiente consiste no “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A presente definição de meio ambiente aferida pela lei em destaque é constantemente debatida e rechaçada pela doutrina do direito ambiental, pois se olvidou de cuidar de um aspecto central atinente às questões humanas relativas a essa discussão. Assim, a doutrina enxerga essa definição de maneira bastante crítica, de modo que foi enlarguecida através de uma argumentação plenamente válida que inclui a atuação humana como elemento de contínua transformação e produção do meio ambiente.

Nesse sentido, autores da linha de Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁹ entendem que existem quatro formas de meio ambiente, quais sejam, o meio ambiente natural, o artificial, do trabalho, além do meio ambiente cultural, de suma importância para o presente trabalho acadêmico. Facilmente perceptível é a característica essencial do meio ambiente natural, qual seja a sua não transformação substancial da forma como tal realidade fática se encontra na natureza, ou seja, nele se percebe que a incidência da atuação humana inexistente ou não foi efetivada de maneira a comprometer substancialmente o meio ambiente em análise. No dizer do mesmo autor citado o meio ambiente é caracterizado pela situação de homeostase, melhor explicando, a realidade de equilíbrio entre os seres vivos e não vivos de determinado espaço físico.

Contrariamente, o meio ambiente artificial é caracterizado por já haver sofrido uma alteração substancial na forma como esse determinado espaço físico é encontrado na natureza através da atuação humana. Apesar de basicamente em todas as regiões do planeta haver a interferência humana, pode-se dizer que não são todas as atuações humanas que geram uma transformação na essência do bem natural a gerar o meio ambiente artificial substancialmente como tal. O espaço urbano é um exemplo clássico de meio ambiente artificial trazido pela doutrina, porém é necessário saber que dentro dele é comum haver em salvaguarda

³⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, op. cit., p.70-74.

localidades onde se sobressai o meio ambiente natural.

O meio ambiente do trabalho é compreendido enquanto espaço onde ocorre o entrelaço capital-trabalho, tão debatido no âmbito das análises marxistas da sociedade nas quais se sobressaem as questões econômicas. Assim, no espaço do meio ambiente do trabalho se dão relações de emprego, onde de um lado resta polarizado o empregador e de outro, a mão-de-obra assalariada.

Já o meio ambiente cultural remete à totalidade da produção humana no seio social, além da difusão desse conhecimento através da comunicação. Fala-se na doutrina acerca da bifurcação do meio ambiente cultural nas modalidades de meio ambiente cultural concreto e abstrato, a depender da forma como o bem em questão se apresenta, o que por sua vez referencia a noção trazida pelo presente trabalho quando da avaliação do patrimônio cultural material e imaterial.

Assim, o meio cultural depende, para ser enquadrado como concreto ou abstrato, da forma como o bem existe na sociedade, pois se for o caso de um saber valorado socialmente transmitido de geração a geração, tem-se um ambiente abstrato, diferente de uma construção inserida no meio urbano a qual é tida como meio ambiente cultural concreto em primeira análise.

Portanto, a epistemologia conferida pelo texto constitucional da Ação Popular, ou seja, a partir da definição jurídico-constitucional dessa ação conferida pelo legislador de 1988, somada às considerações acadêmicas acerca do meio ambiente cultural, espectro também ensejador de tutela judicial coletiva, conclui-se que é perfeitamente plausível no âmbito jurídico-processual a possibilidade trazida pelo presente trabalho monográfico. Assim, resta certo o ideário defensivo do patrimônio cultural religioso afro-brasileiro através do instituto normatizado da Ação Popular.

3.3 Breve estudo da jurisprudência acerca da temática da Ação Popular

No que tange a jurisprudência pátria referente à temática processual em sede de Ação Popular é perceptível uma dificuldade em se mostrar a existência do debate cultural no âmbito dos tribunais. Isso, por um lado, demonstra o ineditismo da presente pesquisa, mas de outro corrobora ao entendimento de que as questões atinentes ao patrimônio cultural imaterial ainda não chegam com a frequência que

deveria aos órgãos responsáveis pela atividade jurisdicional do Estado.

Dada a importância da cultura brasileira, assegurada constitucionalmente e tida verdadeiramente como patrimônio de fato, ligada ao conceito de identidade nacional, resta plenamente factível a tutela judicial coletiva ao patrimônio religioso popular, entre o qual está inserto a religiosidade afro-brasileira, mais especificamente a umbanda e o candomblé.

Dessa forma, é de suma importância que qualquer dano levado a feito por qualquer ente social ou pessoa física ao patrimônio cultural religioso popular seja equacionado pelo Poder Judiciário através das ações coletivas, a exemplo da Ação Popular, objeto das presentes considerações desse feito acadêmico. Aqui se ressalta novamente sua estima jurídica, haja vista sua legitimidade ativa ampla, em atenção aos anseios sociais de acesso à justiça.

De toda forma, no desenrolar da busca jurisprudencial foram constatados dois posicionamentos de órgãos jurisdicionais distintos acerca da temática patrimonial coletiva, em sua acepção material, ou seja, referente à busca pela tutela jurídica a bens arquitetônicos de elevado interesse cultural.

O primeiro julgado procede do Superior Tribunal de Justiça, havendo o entendimento no sentido de ser dever do ente público a defesa do patrimônio cultural material, a ser buscado na esfera judicial através do processo coletivo. Percebe-se no item terceiro haver responsabilidade do ente público diante das demandas corriqueiras por tutela ao patrimônio cultural, necessitando esta tutela de políticas institucionais, o que por sua vez reflete também a importância das políticas públicas no campo do patrimônio cultural imaterial, objeto específico desse trabalho. A seguir a íntegra do Agravo Regimental em sede de Recurso Especial proferido na supracitada Corte:

Processo AgRg no REsp 1050522 / RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2008/0085888-6 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 18/05/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 31/05/2010 Ementa ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSERVAÇÃO DE BEM TOMBADO PELO IPHAN – DEVER DO PROPRIETÁRIO DE CONSERVAÇÃO – DEVER SUBSIDIÁRIO DA UNIÃO – PARTE LEGÍTIMA – NÃO PROSPERA A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – BENS PROTEGIDOS PELA CONSTITUIÇÃO – PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO DANO. 1. Já dispunha a Carta Constitucional de 1934, em seu art. 148: "Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de

interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual."2. O IPHAN, entidade com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, sucedeu ao Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional na proteção e conservação desses bens constitucionalmente tutelados. 3. A responsabilidade da União, no caso dos autos, é aquela expressa no § 1º do Decreto-lei n. 25/37, pois não é possível atribuir regime diverso de responsabilidade senão daquele expressamente previsto em lei: "Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa." 4. "In casu", o acórdão atacado apenas determinou a prestação positiva apta a reparar ou a minorar dano a imóvel protegido por normas constitucionais. Agravo regimental improvido. Acórdão Visto, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Nesse mesmo ensejo referente à judicialização da tutela ao patrimônio cultural, percebe-se posicionamento acerca da inefetividade das políticas públicas, ressaltando-se o segundo julgado proveniente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apontado aqui para firmar a presença da temática patrimonial junto aos tribunais brasileiros:

Processo. Apelação Cível nº 8094 – Relator Juiz José Maria de Lucena-Tribunal Regional Federal 5ª Região – 3ª Turma. Publicado em 02/06/1995. Ementa: ADMINISTRATIVO – SÍTIO ARQUEOLÓGICO DOS MONTES GUARARAPES – TOMBAMENTO – LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS. Não vieram aos autos documentos emitidos pelo órgão competente, Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, estabelecendo normas de construção, obrigando o recorrido a respeitar padrões urbanísticos e arquitetônicos. Não se demonstrara, também, ser aquela humilde residência comprometidora das características do sítio histórico dos Montes Guararapes, impedindo ou reduzindo a sua viabilidade, nos termos do artigo 18 do Decreto-Lei nº 25, de 30/11/1937. Se a Administração Pública vem tolerando a existência de inúmeras construções naquele local e estas fogem visivelmente aos padrões previstos em lei, a simples reconstrução de uma casa em nada altera o quadro cuja moldura já se encontra aparentemente descaracterizada. Apelação desprovida.

Inequivocadamente ressalta aos olhos a jurisprudência acerca da Ação Popular enquanto aspecto formal-processual por ser maioria dos julgados, ou seja, é perceptível um número maior de posicionamentos jurisdicionais ofertados pelos tribunais quando se trata de questões ligadas às formalidades legais, sendo sensivelmente escassas as abordagens do patrimônio cultural imaterial em sede de Ação Popular. Isso, por sua vez não afasta a possibilidade protetiva ao patrimônio

em tela via ação, sendo, ao contrário, reflexo de um ineditismo dessa discussão. Seguem-se, assim, corroborando os argumentos acima tecidos, os julgados:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – AI 4895/97 – Reg. 100698 – Cód. 97.002.04895 – RJ – 7ª Cam. Cível – Rel. Des. Asclepiades Rodrigues – J. 12/05/1998. Ementa: AÇÃO POPULAR – LEGITIMIDADE ATIVA – LEGITIMIDADE AD CAUSAM – ATO ILEGAL – AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO – MEDIDA LIMINAR – SUSPENSÃO DO ATO – Ação Popular. Legitimatío ad Causam Ativa. Objeto da ação. Suspensão liminar do ato impugnado. Somente a pessoa física, portadora de título eleitoral, tem legitimidade para propor ação popular. Mas, não é necessário que seja inscrita na Zona Eleitoral onde ocorreu o ato que se pretende desconstruir. A ação popular tem por objeto qualquer ato ilegal que seja ou possa ser lesivo ao patrimônio público, independentemente da designação que se lhe dê, tais como protocolo, convenio ou contrato. Ajuste para a construção de pórtico ou placas indicativas da cidade, em troca de direito de a empresa fabricante de bebidas estampar propagandas nas obras e nas placas, com previsão de pesada multa pelo inadimplemento de qualquer uma das partes, sem prévia licitação. A aparência de ilegalidade e lesividade resultante da falta de licitação e da possibilidade de o Município sujeitar-se a uma multa importante, autoriza a suspensão liminar do ato, nos termos do artigo 5º, parágrafo 4º, Lei 4717/65, com redação da Lei 6513/77. Provimento do recurso para restabelecer a liminar deferida originalmente, rejeitada a preliminar.

Tribunal Regional Federal 3ª Região – AI 96.03.076259-8 – SP - 4ª Turma-Relator Desembargador Juiz Federal Manoel Álvares – Diário da Justiça Federal de 22/03/2000. Ementa. AÇÃO POPULAR- LEGITIMIDADE ATIVA- ART.5, LXXIII, CF/88 – SÓCIO – POSSIBILIDADE – I –. Nos termos da Constituição Federal, tem çlegitimidade para propor ação popular contra atos lesivos ao patrimônio público, o cidadão, que é aquele que está no pleno exercício de seus direitos políticos, ou seja, o eleitor. – II – não há qualquer óbice a que o agente público (seja servidor público estatutário, celetista, etc.), o sócio da pessoa jurídica de que Estado participe, ou qualquer outro cidadão que tenha qualquer vínculo jurídico com o Estado (sentido estrito), desde que comprovada a sua condição de cidadão, venha a propor a ação popular contra ator lesivo ao patrimônio público. – III – Isto porque a ação popular mostra-se como o meio pelo qual o cidadão defende os interesses da coletividade, de toda a comunidade e não interesses próprios. Daí o beneficiário direto dessa ação não será o autor e sim o povo que tem direito a administração séria e honesta do dinheiro público, que na verdade pertence a todos. – IV– Agravo de instrumento improvido.

Dessa forma, a guisa de conclusão, percebe-se uma maior incidência de posicionamentos jurisprudenciais versando acerca das nuances processuais controvertidas atinentes à presente ação, sendo, ainda, insuficientes os julgados acerca da tutela ao patrimônio cultural imaterial brasileiro, elemento de contínua defesa da identidade nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que fora exposto pelo presente trabalho monográfico, percebe-se que a temática da tutela coletiva ao patrimônio religioso afro-brasileiro consiste em discussão jurídica complexa, haja vista as implicações históricas e sócio-culturais que interagem em uma sociedade em contínua formação. Assim, a partir uma perspectiva histórica, foi traçada uma abordagem da situação social do negro dentro de uma sociedade pós escravocrata onde preponderam valores eurodescendentes de maneira hegemônica para se reconhecer a vulnerabilidade do povo negro, a ensejar a discriminação dos seus cultos

Nesse contexto a religião de matriz africana, enquanto prática cultural de resistência é mostrada como elemento essencial para se entender a sociedade brasileira em sua multiculturalidade. Dentro dessa busca por incluir a religião popular como elemento da cultura nacional surge a necessidade de respeito às manifestações religiosas, pois como dito pela sociologia, as culturas são apenas diferentes e nunca comparáveis hierarquicamente.

Conforme avistado neste escrito acadêmico, o microssistema de processo coletivo favoreceu enormemente a tendência de se buscar coletivamente a defesa do patrimônio transindividual, o qual, para efeito dessa pesquisa, possui o patrimônio cultural enquanto expoente de grande interesse. A partir dessa tendência propositiva de um novo processo civil com enfoque coletivo, as novas demandas por tutela judicial surgidas com a explosão das novas formas de interação humana são factíveis.

Nesse íterim os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos são buscados junto ao Poder Judiciário através das ações coletivas, a exemplo da Ação Popular, Ação Civil Pública e do Mandado de Segurança em sua versão multisubjetiva. Através dessas ações coletivas tornou-se possível que os danos perpetrados ao patrimônio público sejam aquilutados a fim de se preservarem os interesses transindividuais.

Ao se tratar da Ação Popular para busca de efetividade ao direito ao patrimônio cultural religioso, visto enquanto direito difuso, percebe-se que o constituinte de 1988 foi propositadamente generalista ao afirmar que é possível a

Ação Popular tanto para a defesa do patrimônio histórico e cultural como em tutela ao meio ambiente.

Esses dois aspectos do artigo LXXIII constitucional foram analisados para efeito deste trabalho como uma dupla forma de aceitação da Ação Popular como mecanismo processual de defesa do patrimônio cultural afro-brasileiro, pois por patrimônio histórico e cultural, assim como a própria noção de patrimônio público, é plenamente aceitável que esteja a cultura popular e suas mais diversas manifestações, a exemplo das religiosidades formadoras do arcabouço cultural brasileiro.

A segunda possibilidade de enquadramento da Ação Popular, qual seja, a sua utilização em defesa da religiosidade afro-brasileira surge da noção ampla que a doutrina ambientalista fornece acerca da conceituação do meio ambiente. Assim, como verificado na busca doutrinária, os autores atuais incluem na pauta conceitual de meio ambiente, questões que vão além do estado de natureza, incluindo-se nesta noção o elemento humano.

Portanto, a inclusão da tipificação de meio ambiente cultural desponta como o complexo em que o ser humano se encontra em interação contínua e produção de saberes e práticas no decorrer da sua historicidade, sendo por sua vez objeto de normatização constitucional atinente no artigo 216 da CF/88. Assim, resta inserido no sistema jurídico brasileiro o dever do Estado e da sociedade em tutelar o patrimônio cultural nacional.

Conclui-se que a plenitude da Ação Popular enquanto mecanismo processual de se provocar o poder jurisdicional do ente estatal constitui-se em uma real possibilidade de se assegurar o protagonismo da sociedade brasileira em relação à defesa de seu próprio patrimônio cultural, de maneira que se demonstra tanto pela noção enlarguecida de meio ambiente como pela própria definição constitucional da natureza jurídica e possibilidades de atuação da Ação Popular.

O presente escrito acadêmico é finalizado ao se afirmar que a cidadania enquanto valor buscado insistentemente pelo legislador constituinte de 1988 deve inspirar qualquer consideração acerca da Ação Popular diante da temática cultural, haja vista o imenso leque de violações perpetradas continuamente no campo da religiosidade de matriz africana, um verdadeiro patrimônio vivo da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU, Regina; CHAGAS, Mário (Orgs.). **Memória e patrimônio: ensaios contemporâneos**. Rio Janeiro: DP&A, 2003.

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 2. ed., vol.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil: contribuição a uma sociologia das interpenetrações de civilizações**. 3. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1989.

BRASIL, **Superior tribunal de justiça: o tribunal da cidadania – jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=patrim%F4nio%20hist%F3rico> Acesso em: 13 jan. 2011.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. **Ação popular ambiental**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Nelpa, 2010.

BUZAID, Alfredo. **Considerações sobre o mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1992.

CONDURU, Roberto. **Arte afro-brasileira**. Belo Horizonte: Arte, 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença: ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CUNHA Filho, Francisco Humberto. **Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica,

2000.

DIDIER Jr., Fredie; MOUTA, José Henrique. **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 4. ed. v.4. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DUPRAT, Deborah. (Org.) **Pareceres jurídicos: direitos dos povos e comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família, brasileira sob o regime de economia patriarcal**. 51. ed. Rio de Janeiro: Global, 2006.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Ações coletivas e direitos difusos**. Campinas: Apta, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio**

ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”**. 17. ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1988.

NERY Jr., Nelson; **Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

OLIVEIRA, José Henrique Motta de. **Das macumbas à umbanda: uma análise histórica da construção de uma religião brasileira**. Limeira: Conhecimento, 2008.

ORTIZ, Renato. **A morte branca do feiticeiro negro**. Petrópolis: Brasiliense, 1999.

REIS, Letícia Vidor de Souza; SCHWARCZ, Lilia Moritz; (Orgs.). **Negras imagens**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1996.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da ação popular. In: **Revista de Direito Administrativo** 6/1 a 19.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

QUEIROZ, Suely Robles Reis de. **Escravidão negra no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo:

Saraiva, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.